

المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم
معهد البحوث والدراسات العربية
بغداد

فن القضاء

تأليف
ضياء شيت خطاب

قسم البحوث والدراسات القانونية

١٤٠٤هـ . ١٩٨٤م.



المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم
معهد البحوث والدراسات العربية
بغداد

فن القضاء

تأليف
ضياء شيت خطاب

M.C.L (جامعة جورج واشنطن)
رئيس محكمة التمييز (النقض) العراقية (سابقا)
عضو المجمع العلمي العراقي
عضو محكمة التحكيم الدائمة في لاهاي

١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م


بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمـــــة :

١ ـ **فن الحكم The Art of Judgement أو فن القضاء** : هو فن الفصل في الدعوى بما يكفل التطبيق السليم لاحكام القانون ، وصولاً إلى الحكم العادل فيها ، ولئن كان القانون علماً من العلوم الانسانية ، فأن تطبيقه على وقائع النزاع في الدعوى هو فن[١] ، أن العمل القضائي ، ذو هدف اجتماعي وانساني ، اذ يتولى القاضي اقامة العدل بين الخصوم في الدعـوى بتقريـر حكم القانـون فيما يـرفع اليـه من منازعات ، وهـو الذي يقـرر حقوق المـواطن ، اذا ، انكرهـا الغير ، أو اعتدى عليها ، ويحكم بالعقوبة المقررة قانوناً على المدان اذا ارتكب جريمة .

أن العمل القضائي لا يقوم على معرفة القانون فحسب بل هو أعمق وأشمل من ذلك ، انه اعطاء حل عادل لمشكلة انسانية ، وقد اثبتت التجارب القضائية أن القانون لا يتضمن كل الحق ، فالعـدالة الحقـة هي التي تؤدي إلى انتصار الحق بواسطة القانون ، وليس إلى خسران الحق بأسم القانون .

أن صفاء الذهن هو اهم صفات القاضي الجيد ، اذ يستطيع القاضي بصفاء ذهنه ان يخترق حاجز الصوت في المجال القضائي فيبلغ فيه افاقاً واسعـة بحيث يكون للقاضي حاسة سادسة هي (الحاسة القضائية) لكي يصل إلى حقيقة النزاع بين اطراف الدعوى ، وبذلك تصبح الحقيقة القضائية متفقة مع الحقيقة الواقعية .

٢ ـ أن فن القضاء يستوجب أن تمر الدعوى بالمراحل الآتية :ـ

١ ـ مرحلة وقائع الدعوى بعد ثبوتها وفقاً لقانون الاثبات .

(١) فن القضاء ـ رانسون ترجمة محمد رشدي ص ١٦ .

٢ ـ مرحلة التكييف القانوني لوقائع الدعوى[٢] .

٣ ـ مرحلة تطبيق القانون على الوقائع الثابتة في الدعوى .

٤ ـ الاثار الانسانية والاجتماعية للحكم القضائي .

فالمرحلة الأولى هي مرحلة وقائع الدعوى ، فلكي يتمكن القاضي من تحديد الموضوع المطلوب منه ، أن يحكم فيه ، عليه أن يحدد نقط النزاع بين اطراف الدعوى ، سواء أكانت تلك النقاط متصلة بوقائع مادية أو بمسائل قانونية . وكذلك عليه أن يحدد المسائل المتفق عليها بين الخصوم ، وذلك بعد الرجوع إلى عريضة الدعوى ومناقشة الخصوم ودراسة مذكراتهم . فالتحديد الدقيق للوقائع هو مفتاح الحل الصحيح للدعوى وبعد أن تثبت وقائع الدعوى ثبوتاً قانونياً ، يدخل القاضي في المرحلة الثانية وهي مرحلة التكييف القانوني لوقائع الدعوى . فتكييف القاضي لاي تصرف قانوني ، او واقعة قانونية هو اعطاؤه الوصف القانوني الذي ينص عليه القانون .

إنَّ العبرة في تكييف وقائع الدعوى ،ليست بما يصفه بعض اطراف الدعوى بل بما تتبينه المحكمة من الوقائع ، لتطبيق حكم القانون عليها ، ومثال ذلك هل أن العقد موضوع الدعوى هو عقد مقاولة ، أم عقد عمل ، وهل أن الحوالة هي حوالة حق أم حوالة دين ؟ . . . الخ كل ذلك يحتاج إلى اعطاء الوصف القانوني لتلك الواقعة . على أن يكون للقاضي دور ايجابي في تحديد وقائع الدعوى وفي التكييف القانوني لها وانزال حكم القانون عليها ، فلا يجوز للقاضي ترك الدعوى لمشيئة الخصوم تسير حسب اهوائهم بل يجب ان يكون له دور فعال في تسيير الدعوى في كافة مراحلها ، وبعد أن يقوم القاضي بتكييف وقائع الدعوى ، ينتقل إلى المرحلة الثالثة وهي مرحلة تطبيق النص القانوني على تلك الوقائع الثابتة ثبوتاً

---

(٢) Slesser, The art of judgement p. 3,6 فن القضاء تأليف سليسر ص ٣ و ٦ .

قانونياً بعد أن يقوم القاضي بتفسير النص القانوني تفسيراً موضوعياً متزناً بما يحقق العدالة مراعياً في ذلك الحكمة من التشريع عند تطبيقه . لان التفسير يتطلب مادة وتجربة وسيطرة على القانون وروح التشريع ، اذ لا تقف مهمة القاضي عند تطبيق النص القانوني الجامد ، بل ان مهمته هو في تطوير القانون ، بتطويع النص الجامد المحدود ، ليلائم الحياة المتحركة ما أستطاع إلى ذلك سبيلاً ، لان للقاضي دوراً ايجابياً في تحديد النص القانوني وفي انشائه حتى في الأحوال التي يواجه فيها نصاً تشريعياً محدوداً[1] ، اخذاً بنظر الاعتبار الاثار الانسانية والاجتماعية للحكم القضائي الذي سيصدره ، اذ على القاضي ان يحاذر من التطبيق الآلي للقانون والجمود على الفاظ النص ، وترك المضمون ، لان ذلك يؤدي ظاهرة إلى عدالة شكلية ، وباطنه إلى احكام ظالمة . لان واجب القاضي هو الخضوع الواعي للقانون ، وليس الخضوع الاعمى له ، ثم يبدأ بكتابة الحكم ويجب ان يكون مسبباً ، لان اسباب الحكم هي ترجمان لضمير القاضي وعدالته ، يتقدم بها لاطراف الدعوى وللمواطنين ، وهو يؤدي واجبه المقدس وعلى القاضي عند كتابة الحكم ، ان لا يعتمد على ذاكرته ، في حفظ النصوص القانونية بل عليه ان يرجع إلى نص القانون ، قبل كتابته ، وأن لا ينطق به إلا بعد تحريره وكتابة اسبابه ، فأن شر ما يصيب القاضي هو الارتجال في الحكم القضائي ، وعليه أيضاً أن يوضح للخصوم مضمون الحكم الذي اصدره ، واصول الطعن فيه ، ومدته ، والمحكمة المختصة بنظره فليس لاحد من القضاة أن يدعي العصمة في احكامه ، بل يجب أن يكون على جانب كبير من التواضع القضائي Judicial Modesty وأن يكون شعارالقاضي دائماً الآية القرآنية الكريمة (وقل ربي زدني علماً) .

٣ ــ وعلى ضوء هذه الاعتبارات ستكون محاضراتنا في فن القضاء وفقاً

---

(١) Justice Cardoze, The nature of the Judicial Process p. 11, 1961. القاضي كاردوزو ـ طبيعة العملية القضائية ص ١١ طبعة ١٩٦١ .

للمنهج الآتي :-

المقدمـــــة :

الفصل الأول : مبادىء التنظيم القضائي في الفقه الاسلامي .

الفرع الأول : معنى القضاء .

الفرع الثاني : رسائل في القضاء .

الفرع الثالث : العملية القضائية .

الفرع الرابع : اقسام انواع وتعيين القضاة .

الفرع الخامس : آداب القضاء .

الفرع السادس : حرية الدفاع .

الفرع السابع : الحسبـــة .

الفرع الثامن : ولاية المظالم .

الفصل الثاني : القاضـــي .

الفرع الأول : صفات القاضي .

الفرع الثاني : واجبات القاضي .

الفصل الثالث : المنطق القضائي في الوقائع والقانون والدعوى .

الفرع الأول : الوقائـــع .

الفرع الثاني : القانـــون .

الفرع الثالث : الدعـــوى .

الفصل الرابع : دور القاضي والمحامي في الدعوى .

الفرع الأول : دور القاضي في تكييف وقائع الدعوى .

الفرع الثاني : دور القاضي في تفسير القانون .

الفرع الثالث : دور القاضي في سد الفراغ في القانون .

الفرع الرابع : دور المحامي في الدعوى .

الفصل الأول

مبادئ التنظيم القضائي في الفقه الاسلامي



مبادئ التنظيم القضائي في الفقه الاسلامي

الفـــــرع الأول :

٤ ـ معنـــــى القضــــاء :

القضاء في اللغة له عدة معان منها الحكم والالزام ، قال الله تعالى (**وقضى ربك ان لا تعبدوا الا اياه**) اي حكم وقال أيضاً (**فا اقض ما انت قاض . .**) اي احكم بما شئت فاننا عرفنا الحق فاتبعناه .

اما (القضاء) في اصطلاح الفقهاء فهو فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه مخصوص وعرفه بعض الفقهاء بانه قول ملزم يصدر عن ولاية عامة وقال ابن رشد : حقيقة القضاء الاخبار عن حكم شرعي على سبيل الالزام . وقال بعض الفقهاء الحكم في مادته بمعنى المنع ، ومنه سمي الحاكم حاكماً لمنعه الظالم من ظلمه ، ومعنى قولهم حكم الحاكم ، اي وضع الحق في اهله ومنع من ليس له بأهل[٢] .

وقد امر الله تعالى في كتابه الكريم بالعدالة القضائية في آيات كثيرة منها (**واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل**) وفي آية ثانية (**واذا حكمتم فاعدلوا ولو**

---

(١) (٢) تبصرة الحكام لأبن فرحون ص ١٢ وراجع محمد عبدالجواد ـ بحوث في الشريعة والقانون ص ١٤٧ .

كان ذا قربى) وفي آية ثالثة (وان حكمت فأحكم بينهم بالقسط ان الله يحب المقسطين) وفي آية رابعة (ان الله يأمر بالعدل والاحسان وايتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغي يعظكم لعلكم تذكرون) وفي آية خامسة (ولا يجر منكم شنان قوم على ان لا تعدلوا . اعدلوا هو اقرب للتقوى) ومعنى الشنان هو البغض والشقاق فلا يصح ان يكونا داعين لعدم العدل .

وقال الرسول (ص) (القضاة ثلاثة : قاض في الجنة ، وقاضيان في النار فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضي به ، ورجل عرف الحق وجار في الحكم فهو في النار ، ورجل قضي للناس على جهل فهو في النار[٣] .

وقال عليه الصلاة والسلام ايضاً (اذا اجتهد الحاكم فأصاب فله اجران وأن اجتهد فأخطأ فله اجر واحد) ، وقال أيضاً (أن الله مع القاضي ما لم يجر ، فأذا جار تخلى عنه ولزمه الشيطان) .

وهذه الآيات الشريفة والاحاديث النبوية ترسم لنا صورة صادقة لما يجب أن يكون عليه القاضي ، ذلك لأن القضاء بالحق من اقوى الفرائض بعد الايمان بالله تعالى وهو من أشرف العبادات والعدل هو ايصال كل ذي حق إلى حقه ، وقد قرر الاسلام ان يكون العدل اساس الحكم بين الناس جميعهم ، وأن يبني عليه المشرع تشريعه ، ويبني عليه القاضي قضائه اذ لا يأمن الناس على ارواحهم واموالهم الا بالعدل .

أما الأحكام الشرعية الواجب تطبيقها على المنازعات فهي الكتاب والسنة والاجتهاد والقياس ، ويدل على ذلك ان رسول الله ﷺ ، ارسل معاذاً رضي الله عنه قاضياً إلى اليمن فقال له ، كيف تقضي اذا عرض لك قضاء ، قال اقضي

---

(٣) تيسير الوصول للشباني ج ٤ ص ٥٢ ـ أدب القاضي للماوردي ج ١ ص ١٨ تحقيق د . محي هلال السرحان .

بكتاب الله ، قال : فان لم تجد قال : اقضي بسنة رسول الله (ص) ، قال : فأن لم تجد في كتاب الله ولا في سنة رسول الله (ص) قال : اجتهد ولا ألو ، قال فضرب رسول الله ﷺ على صدري وقال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله[٤] لما يرضي الله ذلك لانه ـ كما يقول الشهر ستاني ـ (نعلم قطعاً ويقيناً ان الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعد ، ونعلم قطعاً أيضاً انه لم يرد في كل حادثة نص ولا يتصور ذلك أيضاً . والنصوص اذا ـ كانت متناهية والوقائع غير متناهية ، وما لا يتناهي لا يضبطه ما يتناهي وان الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حاثة اجتهاد)[٥] .

وقد كانت السلطة القضائية ، والسلطة التنفيذية بيد الخليفة فهو الذي يعين القضاة ، ويعزلهم ، ويجوز ان يلي القضاء بنفسه ، فقد كان النبي ﷺ ومن بعده الخلفاء الأربعة رضي الله عنهم يقضون بين الناس ، فلما اتسعت شؤون الدولة ، صار الخلفاء يعينون القضاة في الاقاليم ، واخذت السلطة القضائية تنفصل شيئاً فشيئاً حتى اصبح لها وجود متميز عن السلطة التنفيذية[٦] .

الفـــرع الثانـــي :

٥ ـ رسائــل فــي القضــاء :

كتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه رسالة إلى ابي موسى الاشعري وهي تعتبر بحق دستور القضاء ، ونظراً لسمو مبادئها فقد اثرنا نقلها كاملة وهي (اما

---

(٤) تيسير الوصول للشيباني ص ٥٥ ـ أدب القاضي ج ١ للماوردي تحقيق د . محي هلال السرحان ص ١٢٩ .

(٥) الملل والنحل للشهرستاني ج ٢ ص ٤ تحقيق عبدالعزيز الوكيل .

(٦) استاذنا المرحوم عبدالرزاق السنهوري ـ الدين والدولة في الاسلام ـ مجلة المحاماة الشرعية ع ١ سنة ١٩٢٩ .

بعد ، فأن القضاء فريضة محكمة ، وسنة متبعة ، فأفهم اذا ادلى اليك ، وانفذ اذا تبين لك ، فأنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ لـه آس بين النـاس في مجلسك وفي وجهك وقضائك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك ، البينة على المدى واليمين على من انكر والصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً احل حراماً ، أو حرم حلالاً ، ومن ادعى حقاً غائباً أو بينة ، فأضرب له امداً ينتهي اليه فأن بينه اعطيته بحقه وان اعجزه ذلك استحللت عليه القضية ، فأن ذلك هو ابلغ للعذر واجلى للعمى ، ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم ، فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك ان تراجع فيهالحق ، فأن الحق قديم لا يبطله شيء ، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل والمسلمون عدول بعضهم عل بعض الا مجرباً عليه شهادة زور أو مجلود في حد ، او ضنيناً في ولاء أو قرابة فان الله تعالى تولى من العباد السرائر وستر عليهم الحدود الا بالبينات والأيمان ، ثم الفهم الفهم ، فيما ادلى اليك مما ورد عليك مما ليس فيه قرآن ولا سنة ثم قايس الأمور عند ذلك واعرف الأمثال ، ثم اعمد فيما تـرى إلى احبها إلى الله واشبهها بالحق . واياك والغضب والقلق والعجز والتأذي بالناس والتنكر عند الخصومة ، فأن القضاء في مواطن الحق مما يوجب الله به الأجر ويحسن به الذكر . فمن خلصت نيته في الحق ولو على نفسه ، كفأه الله ما بينه وبين الناس ، ومن تزين بما ليس في نفسه ، شأنه الله ، فأن الله تعالى لا يقبل من العباد الا ما كان خالصاً ، فما ظنك بثواب عند الله في عاجل رزقه وخزائن رحمته والسلام عليك ورحمة الله)(٧) .

وكتب الخليفة علي بن ابي طالب رضي الله عنه إلى الاشتر النخعي دستوراً في القضاء فقال : (ثم اختر للحكم بين الناس افضل رعيتك في نفسك بما لا تضيق به الأمور ، ولا تمحكه الخصوم ، ولا يتمادى في الزلة ولا يحصر من الفيء إلى الحق متى عرفه ، ولا تشرف نفسه على طمع ولا يكتفي بأدنى فهم دون اقصاه ، اوقفهم

(٧) اعلام الموقعين لأبن القيم الجوزية ج ١ ص ٧١ والبدائع ج ٧ ص ٩ .

في الشبهات واخذهم بالحجج ، واقلهم تبرماً بمراجعة الخصوم ، واصبرهم على كشف الأمور ، واصرمهم عند اتضاح الحكم ممن لا يزدريه اطراء ولا يستميله اغراء ، واولئك قليل ، ثم اكثر تعاهد قضائه ، وافسح له في البذل ، ما يزيل علته ، وتقل معه حاجته إلى الناس واعطه من المنزلة لديك ما لا يطمع فيه غيره من خاصتك ، فيأمن بذلك اغتيال الرجال له عندك .[٨]

الفـــــرع الثالـــــث :

٦ ـ العمليـــــة القضائيـــــة :

ان العملية القضائية هي قياس منطقي مقدمته الكبرى هي النص التشريعي الوارد في القرآن الكريم أو السنة أو الاجتهاد أو القياس ومقدمته الصغرى هي الواقعة محل الخصومة والنزاع، ونتيجتة هو الحكم الذي يصدره القاضي، ويقول ابن القيم ولا يقضي القاضي حتى لا يشك انه قد فهم فالمفتي والحاكم لا يتمكن من الفتوى والحكم الا بنوعين من الفهم ، احدهما فهم الواقع والفقه فيه واستنباط حقيقة ما وقع بالقرائن والامارات ، والثاني فهم الواجب في الواقع وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه الكريم أو على لسان رسوله في هذا الواقع ثم يطبق احدها على الآخر .[٩]

ويقوم القاضي بعمله القضائي بحياد تام ، وحسبما تتوافر الأدلة الشرعية في النزاع ، وقد قال الرسول ﷺ (انما انا بشر مثلكم ، وانكم تختصمون إليّ ولعل بعضكم ان يكون الحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما اسمع ، فمن قضيت له بشيء من حق اخيه فلا يأخذ منه شيئاً فأنما اقطع له قطعة من نار)[١٠] وقال أيضاً (لو يعطي الناس بدعواهم لادعى رجال دماء قوم واموالهم ، ولكن

---

(٨) نهج البلاغة ج ٣ ص ١٠٥ .

(٩) اعلام الموقعين ج ١ ص ٧٣ .

(١٠) سنن أبي داؤد ج ٣ ص ٣٠١ .

البينة على المدعى واليمين على من انكر) .[١١]

وكانت سلطة القضاء وتطبيق نصوص التشريع على الوقائع في عهد الرسول ﷺ مستمدة من القرآن الكريم بقوله (فأحكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم عما جاءك من الحق) وقوله تعالى (**فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً**) وقد تولى الرسول الأعظم (ص) القضاء بنفسه وولى غيره وكان يولي القضاء غيره في ضمن توليته الأمور عامة ، وتارة يولي غيره القضاء في خصومة خاصة وهؤلاء الذين كانوا يولون في الخصومات الخاصة ، كانت تنتهي ولاية الواحد منهم بالفصل في تلك الخصومة ، وكانت اظهر ميزة يمتاز بها القضاء في ذلك العهد هو حرية القاضي في قضائه ، وكان القاضي يقضي وينقذ ما يقضي به : اما بنفسه أو بمن ينتدبه للتنفيذ .[١٢]

ومهمة السلطة القضائية في الفقه الاسلامي هو توزيع العدالة بين الناس والحكم في المنازعات والخصومات والجرائم والمظالم والولاية على فاقدي الاهلية ، والنظر في الأوقاف إلى غير ذلك مما يعرض على القضاء من خصومات .[١٣]

الفـــرع الرابـــع :

القضـــاء الاسلامـــي :

٧ ـ اقســـام القضـــاء :

ينقسم القضاء إلى (١) القضاء القولي ، (٢) القضاء الفعلي ، (٣) القضاء الضمني .

---

(١١) تيسير الوصول ج ٤ ص ٥٦ و ٥٧ .

(١٢) و (١٣) عبدالوهاب خلاف ـ السلطات الثلاث في الاسلام في مجلة القانون والاقتصاد س ٥ ع ٥ ص ٥٠٨ وما بعدها .

فأما القضاء القولي (القصدي) فيرجع إلى سلطة القاضي القضائية ومحله الخصومات وينقسم إلى قسمين ، قضاء استحقاق وقضاء ترك ، فقضاء الاستحقاق يكون بقول القاضي حكمت بكذا وهذا الزام القاضي المحكوم عليه بالمحكوم له وقضاء الترك ويكون بمنع المدعي من المنازعات كالحكم الذي يصدر بأن ليس للمدعي حق أو انه ممنوع من المنازعة (مادة ١٧٨٦ من المجلة) اما القضاء الفعلي فهو مرجعه الولاية العامة للقاضي فلا يحتاج إلى دعوى بل يكفي فيه اذن القاضي كأمره بتزويج الصغير والاذن بشراء أو بيع مال اليتيم أو قسمت عقاره ويسمى هذا النوع من القضاء (القضاء الولائي) .

اما القضاء الضمني فيكون فيه غير المحكوم فيه غير مقصود بالذات بل هو داخل ضمن المحكوم به قصداً ، ومثال ذلك اذا شهد الشهود على خصم بحق من الحقوق وذكرا اسمه واسم ابيه وجده ، فقضي القاضي بذلك الحق ، وذكر الخصم واسم ابيه وجده في الحكم فيكون حكمه بنسبه ضمناً وان لم تكن الدعوى دعوى نسب .[١٤]

٨ ـ تسبيب أحكام القضاة :

وكان القاضي يسبب حكمه ويرجع إلى اقوال الفقهاء ليعرف حكم الشريعة في النزاع المعروض عليه ويدل على ذلك ما رواه عمر بن خالد عن قضاء ابراهيم بن الجراح الذي تولى قضاء مصر سنة ٢٠٤ هـ اذ قال ما صحبت احداً من القضاة كأبراهيم الجراح ، كنت اذا عملت له المحضر وقرأته عليه ، اقام عنده ما شاء الله ان يقيم ويرى فيه رأيه ، فاذا اراد ان يقضي به دفعه إليّ لانشيء منه سجلاً ، فأجد في ظهره قال ابو حنيفه كذا ، وفي سطر قال ابن ابي ليلى كذا ، وفي آخر قال ابو

(١٤) أصول المرافعات والصكوك في القضاء الشرعي للمرحوم محمد شفيق العاني ص ١٦٢ .

يوسف كذا ، وقال مالك كذا ثم اجد على سطر منها علامة كالخط فأعلم ان اختياره وقع على ذلك القول فأنشيء منه السجل[١٥] كما ان المادة ١٨٢٧ من المجلة قد نصت على تسبيب الاحكام اذ نصت (بعدما اتم الحاكم المحاكمة يحكم بمقتضاها ويفهم الطرفين ذلك وينظم اعلاماً حاوياً للحكم والتنبيه مع الاسباب الموجبة . . .) ومعنى الاسباب الموجبة للحكم هي تسبيبه واقامته على الحجج الواقعيةوالشرعية لكي يتبين للناس ان القاضي قد درس نقاط النزاع درساً وافياً ، عند اصداره حكمه في الدعوى .

٩ ـ تعيين القضاة :

يعين القاضي من قبل الخليفة أو الوالي وان لم يكن وال فينتخب القاضي من قبل اهل الرأي والثقة[١٦] . وقد نصت المادة ١٧٨٥ من المجلة بأن الحاكم هو الذي نصب وعين من قبل السلطان لاجل فصل وحسم الدعوى . اما عند بعض الفقهاء فهو منصب الهي وصفته نفسانية كمالية تخوله تلك الاهلية . اي اهلية الحكم والقضاء بين الناس ولا دخل للسلطان فيه اصلاً ، لا نصباً ولا عزلاً ، تنصبه الفضيلة والامانة ، وتعزله الرذيلة والخيانة[١٧] ، وكان الفقهاء ينظرون إلى القضاء كواجب يصعب عليهم القيام به لخطورة مسؤولياته وان كثيراً منهم رفضوا منصب القضاء ومثال ذلك الامام ابو حنيفة رضي الله عنه فقد جاء في تاريخ بغداد (اشخص أبو جعفر ابا حنيفة فأراده على ان يوليه القضاء فأبى فحلف ليفعلن فحلف ابو حنيفة الا يفعل ، فحلف المنصور ليفعلن ، فحلف ابو حنيفة الا يفعل ، فقال الربيع الحاجب « الا ترى امير المؤمنين يحلف فقال ابو حنيفة امير المؤمنين على كفارة ايمانه اقدر مني ، وابى ان يلي القضاء فأمر به إلى الحبس .

---

(١٥) القضاء في الاسلام للقاضي محمود عرنوس ص ٨٤ .

(١٦) منح الجليل ج ٤ ص ١٣٧ .

(١٧) تحرير المجلة ج ٤ ص ١٨٠ للمرحوم محمد الحسين آل كاشف الغطاء .

وجاء فيه أيضاً عن الربيع ابي يونس رأيت امير المؤمنين ينازل ابا حنيفة في امر القضاء وهو يقول : اتق الله ولا ترع امانتك الا من يخاف الله والله ما انا بمأمون الرضا ، فكيف اكون مأمون الغضب ، ولو اتجه الحكم عليك ثم هددتني ان تغرقني في الفرات ، أو ان إلى الحكم لاخترت ان اغرق ، ولك حاشية يحتاجون إلى من يكرمهم لك ، لا اصلح لذلك ، فقال له المنصور : كذبت انت تصلح ، فقال : قد حكمت على نفسك ، كيف يحل لك ان تولي قاضياً على امانتك وهو كذاب .[١٨]

١٠ ــ شروط تعيين القاضي :

يشترط لتعيين القاضي (١) ان يكون رجلاً ، (٢) البلوغ ، (٣) العقل ، (٤) الحرية ، (٥) الاسلام ، (٦) العدالة وهي ان يكون صادق اللهجة ظاهر الامانة عفيفاً عن المحارم متوقياً المآثم بعيداً من الريب ، مأموناً في الرضا والغضب ، (٧) السلامة في السمع والبصر ، (٨) الاجتهاد وهو ملكة استنباط الاحكام الفرعية من ادلتها الشرعية التفصيلية. وللقاضي ان يأخذ راتبه ، وينبغي للسلطان ان يوسع عليه وعلى عياله كيلاً يطمع في اموال الناس .[١٩]

١١ ــ قضاء المرأة :

قال بعض الفقهاء في جواز تقليد القضاء للمرأة فقال ابن جرير الطبري يجوز للمرأة ان تكون قاضية في جميع الدعاوي .[٢٠]

ويقول الكاساني في البدائع (واما الذكورة فليست من شرط جواز تقليد

---

(١٨) تاريخ بغداد ج ١٣ ص ٢٨ و ٣٢٩ .

(١٩) و (٢٠) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٦١ .

القضـاء في الجملة ، لان المرأة من اهـل الشهادات في الجملة الا انها لا تقضي بالحدود والقصاص لانه لا شهـادة لها في ذلـك واهلية القضـاء تدور مع اهلية الشهادات)[21] ومعنى ذلك انه يجوز تعيين المرأة قاضية في المواد المدنية والتجارية والشرعية ، ولا يمكن ان تعين قاضية في المواد الجزائية . ويقول السمرقندي (اما المرأة فتصلح للقضاء في الأموال دون الحدود والدماء)[22] .

١٢ ـ آداب القضـــــاء :

يجب على القاضي في الفقه الاسلامي ان يأخذ نفسه بآداب الشرع ، ويتوقى كل ما من شأنه ان يحط من منصبه ، وما يشينه في دينه ومرؤته واقواله وافعاله وهذه بعض آداب القضاء :

(١) ان يكون القاضي فهماً عند الخصومة ، فيجعل فهمه وسمعه وقلبه إلى كلام الخصمين ، (٢) ان لا يكون قلقاً وقت القضاء ، (٣) ان لا يكون ضجراً عند القضاء أو غضبان لقول الرسول ﷺ (لا يقضي القاضي وهو غضبان) ، (٤) ان لا يكون جائعاً ولا ممتلئاً ، لأن هذه العوارض من القلق والغضب والضجر والجوع والعطش والامتلاء مما يشغله عن الحق ، (٥) وان يسوي بين الخصمين بالجلوس فيجلسهما بين يديه ، لا عن يمينه ولا عن يساره ، لانه لو فعل ذلك فقـد قرب احدهما في مجلسه ، وكذا لا يجلس احدهما عن يمينه والآخر عن يساره ، لان لليمين فضلاً على اليسار ، وقد روى عن عمر بن الخطاب وعن ابن ابي كعب رضي الله عنهما انهما اختصا في حادثـة إلى زيد بن ثابت ، فألقى لسيدنا عمـر بن الخطاب وسادة فقال عمر رضي الله عنه ، هذا اول جورك ، وجلس بين يديه ، ولم يجلس على الوسادة ، (٦) ومنها ان يسوي بينهما في النظر والنطق والخلوة فـلا ينطلق

---

(٢١) البدائع للكاساني ـ ج ٧ ص ٣ وراجع محمد عبدالجواد ـ بحوث في الشريعة والقانون ص ١٥٥ .
(٢٢) خزانة الفقه للسمرقندي تحقيق د . صلاح الدين الناهي ص ٣٩٩ .

بوجهه إلى احدهما ولا يسار احدهما ، ولا يؤمن إلى احدهما ، ولا يكلم احدهما بشيء دون خصمه ، ولا يرفع صوته على احدهما ، ولا يكلم احدهما بلسان لا يعرفه الآخر ، ولا يخلو بأحدهما في منزله ولا يضيف احدهما ، ولا يسأل احدهما عن حاله ولا عن خبره ولا عن شيء من اموره ، (٧) ومنها ان لا يلقن احد الخصمين حجته لان فيه اعانة احد الخصمين فيوجب التهمة ، (٨) ومنها اذا تكلم احدهما اسكت الآخر ليفهم كلامه ، (٩) ومنها ان يرد القاضي الطرفين المتخاصمين للصلح ، لقوله تعالى (**والصلح خير**) فكان الرد على الصلح رداً إلى الخير وروى عن الرسول ﷺ (الصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً احل حراماً ، أو حرم حلالاً) ويقول عمر بن الخطاب (ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فأن فعل القضاء يحدث بين القوم الضغائن) ، (١٠) ومن آدابه أيضاً ، ان يسلم على الخصوم اذا دخلوا المحكمة لان السلام سنة الاسلام ، وهذا قبل جلوسه للحكم فاذا جلس لا يسلم على الخصوم ، ولا هم يسلمون عليه ، وان سلموا عليه لا يلزمه الرد ، (١١) ومنها ان يكون له ترجمان لجواز ان يحضر مجلس القضاء من لا يعرف القاضي لغته من المدعي أو المدعي عليه والشهود ، (١٢) ومنها ان يأخذ كاتباً لانه يحتاج إلى حفظ الدعاوي ولا يمكنه حفظها ، فلابد من الكتابة ، وقد يشق عليه ، ان يكتب بنفسه ، فيحتاج إلى كاتب يستعين به ، وينبغي ان يكون الكاتب حيث يراه القاضي ، ليرى ما يكتب فأن ذلك اقرب إلى الاحتياط وان يدون الكلام للخصمين لئلا يوجب حقاً لم يجب ، ولا يسقط حقاً واجباً ، (١٣) ان لايخاف القاضي اللائمة من الناس ، فاذا خاف ذلك يتعذر عليه القضاء بالحق .[٢٣] ، (١٤) وينبغي على القاضي ان يقدم الرجال على حدة ، والنساء على حدة ، الأول فالأول ، ولا يخلط النساء بالرجال لانه سبب للفتنة .[٢٤]

---

(٢٣) البدائع للكاساني ج ٧ ص ١٣ والمبسوط للسرخي ج ١٢ ص ٦٥ و ٧٠ و ٩٠ .

(٢٤) تحفة الفقهاء للسمرقندي تحقيق د محمد زكي عبدالبر ج ٣ ص ٦٤٣ .

ويقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه (الزم خمس خصال يسلم لك دينك وتأخذ فيه بأفضل حظك ، اذا تقدم اليك الخصمان ، فعليك بالبينة العادلة واليمين القاطعة فهو الطريق للقاضي الذي لا يعلم الغيب ، فمن تمسك به سلم له دينه ، ونال افضل الحظ من المحمدة في الدنيا والثواب في الآخرة . وادن الضعيف حتى يشتد قلبه ، وينبسط لسانه ، وتعاهد الغريب ، فأنك اذا لم تعاهده ترك حقه ، ورجع إل اهله ، فربما ضيع حقه من لم يرفع به رأسه ، وعليك بالصلح بين الناس ما لم يتبين لك فصل القضاء) .

وينبغي للقاضي ان يجمع قضايا كل اسبوع ووثائقه ويكتب عليه فاذا اجتمع ما لشهر كتب عليه من شهر كذا واذا اجتمع ما لسنة جمعه ثم كتب عليه قضاء سنة كذا .

علانيـــــة المحاكمـــــة :

من المبادىء الاساسية في التنظيم القضائي الاسلامي علانية المحاكمة ، ولا ادل على ذلك من ان الرسول ﷺ ومن بعده الخلفاء الراشدين كانوا يجلسون في المسجد للقضاء ، وقال آخرون يجب ان يجلس القاضي في وسط البلد لئلا يشق على الناس القصد اليه ولا يجوز ان يمنع احد من الدخول اليه . وعلى القاضي ان ينظر في الدعاوي على مراتب حضور الخصوم ، الأول فالأول ، لقوله عليه السلام (المباح لمن سبق اليه) الا الغرباء اذا خاصموا اهل البلد ، أو خاصم بعضهم ، فيقدمون لقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه (قدم الغريب فأنك اذا لم ترفع به رأساً ذهب وضاع حقه فتكون انت الذي ضيعته وكذلك تقديم صاحب الشهود على غيره ، لأن اكرام الشهود واجب ، لقوله ﷺ (اكرم الشهود ، فأن الله يحيي بهم الحقوق) وليس من الاكرام حبسهم على باب القاضي ونصت المادة ١٨١٥ من المجلة : يجري الحاكم المحاكمة علناً ولكن لا يفشي الوجه الذي يحكم به قبل الحكم .

الفـــــرع الســـــادس :

١٤ ـ حريـــــة الدفـــاع :

تعتبر حرية الدفاع من المبادىء الاساسية في القضاء الاسلامي ويدل على ذلك قول الرسول ﷺ (انما انا بشر مثلكم ، وانكم تختصمون اليّ ، ولعل بعضكم ان يكون الحن بحجته من بعض ، فأقضي له على نحـو ما اسمع ، فمن قضيت له بشيء من حق اخيه فلا يأخذ منه شيئاً ، فأنما اقطع له قطعة من نار) .[٢٥]

وقوله أيضاً عن علي رضي الله عنه قال : بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً وانا حديث السن لا علم لي بالقضاء ، فقال : بأن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك ، فاذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضي حتى تسمع كلام الآخر ، كما سمعت كلام الأول ، فانه احرى ان يتبين لك القضاء قال ، فما زلت قاضياً وما شككت في قضاء بعد ،[٢٦] وهذا يدل على احترام حرية الدفاع امام القضاء ، وقرع الحجة بالحجة ، ودفاع كل من المتخاصمين عن حقه .

والاصل في القضاء الاسلامي انه لا يجوز للقاضي ان يقضي على غائب ولا له الا بالحضور أو بحضور نائبه كالوكيل او الوصي أو متـولي الوقف ، اذ عنـد حضور الطرفين المتخاصمين تنجلي الحقيقة ، وقد جوز الفقهاء استثناء القضاء على الغائب ، حسب التفصيل المدون في كتب الفقه الاسلامي .

وينبغي على القاضي ان يجلس للناس في وسط البلد لئلا يشق على الناس القصد اليه .

١٥ ـ استقـــلال القضـــاء :

يتمتع القاضي في التشريع الاسلامي باستقلال عن السلطة التنفيذية وعن

(٢٥) (٢٦) تيسير الوصول للشيباني ص ٥٦ و ص ٥٥ .

كل ما يمس استقلاله من قبل السلطان او ذوى النفوذ أو الاقـرباء ، وفي الفقـه الاسلامي شواهد كثيرة على ذلك نذكر على سبيل المثال انه لما ولي توبـة بن نمر الحضرمي قضاء مصر سنة ١١٥ هـ دعا امرآته عفيرة فقال لها : يا ام محمد ـ اي صاحب كنت لك ـ قالت خير صاحب واكرمـه فقال اسمعي لا تعـرضين لي في القضاء ولا تذكريني بخصم ولا تسأليني عن حكومة فأن فعلت شيئاً من هذا فأنت طالق فأما ان تقيمي مكرمة واما أن تذهبي ذميمة فأنتقلت عنه ولم تكن تأتيه الا في الشهر أو في الشهرين ، روى انها كانت ترى دواته قد احتاجت الى الماء فلا تأمر به خوفاً من ان يدخل على زوجها في يمينه شيء .(٢٧)

واختصم رجلان في شيء إلى إبراهيم إبن اسحاق القاريء قاضي مصر سنة ٢٠٤ هـ من قبل امير مصر السري بن الحكم في خلافة المأمون فقضي على احدهما فشفع الوالي فأمره السري ان يتوقف في تنفيذ الحكم ، فجلس ابراهيم في منزله فركب اليه السري فسأله الرجوع فقال لا اعود إلى ذلك المجلس ابداً ، ليس في الحكم شفاعة .(٢٨)

١٦ ـ المسؤولية عن خطأ القاضي :

اذا اخطأ القاضي في قضائه ، كأن ظهر ان الشهود قد شهدوا زوراً أو غير ذلك فلا يؤاخذ القاضي بالضمان لانه بالقضاء لم يعمل لنفسه بل لغيره ثم ينظر فأن كان المقض به من حقوق الناس ، فأن كان مالاً وهو قائم رد إلى صاحبه لان قضائه وقع باطلاً ، وان كان هالكاً فالضمان على من قضي له ، لان القاضي عمل له

(٢٧) (٢٨) الولاة والقضاة للكندي ص ٣٤ و ص ٣٥٦ .

فكان خطؤه عليه ، واما اذا كان من حق الله خالصاً فضمانه في بيت المال ، ولا يضمن القاضي .[٢٩]

١٧ ـ عدم صلاحية القاضي للقضاء :

لا يجوز للقاضي ان يحكم لنفسه ولا لوكيله ولا لوكيل ابيه وان علا ولا لوكيل ابنه وان سفل ولا لمكاتبه ولا لمن لا تجوز شهادته له كالوالدين والزوجة ، ولا يجوز للقاضي ايضاً الفتوى للخصوم حتى لا يقفوا على رأيه .[٣٠]

١٨ ـ نقـــض الأحكـــام :

عرف الفقه الاسلامي فكرة نقض الاحكـام ، فقد جـاء في كتاب معـين الحكام في بيان ما ينقض فيه قضاء القاضي ، وقد نص العلماء على ان حكم الحاكم لا يستقر في اربع مواضع وينقض وذلك اذا وقع على خلاف الاجماع أو القواعد أو النص الجلي أو القياس ثم يضرب امثلة على ذلك من الفقه الاسلامي .[٣١]

الفـــرع السابـــع :

١٩ ـ الحسبـــة :

هي الامر بالمعروف والنهي عن المنكر . وقد عرفها بعض الفقهاء بأنها عبارة من المنع عن منكر لحق الله صيانة للمنوع عن مفارقة المنكر وعرفها آخرون بأنها امر بالمعروف اذا ظهر تركه ونهى عن المنكر اذا ظهر فعله وقد امر الله تعالى به صراحة في

---

(٢٩) البدائع ج ٧ ص ١٦ .

(٣٠) فتاوي الهذبة ج ٣ ص ٣٦٦ و ص ٣٢٧ .

(٣١) معين الحكام ص ٢٨ .

كتابه الكريم (**ولتكن منكم امة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر واولئك هم المفلحون**) . وقال الرسول ﷺ (من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، فأن لم يستطع فبلسانه فأن لم يستطع فبقلبه وذلك اضعف الايمان . ونكتفي بذكر وظيفة المحتسب بما يتعلق بالقضاء فقد جاء في كتاب نهاية الرتبة في طلب الحسبة (ينبغي للمحتسب ان يتردد إلى مجالس القضاة والحكام ويمنعهم من الجلوس في الجامع والمسجد للحكم بين الناس لربما دخل اليهم من لا يحترز من الجلسات ، وقد ترتفع الاصوات ويكثر اللفظ فيه عند ازدحام الناس ومنازعاتهم للخصوم ، ومتى رأى المحتسب رجلاً يسفه في مجلس الحكم أو يطعن على الحاكم في حكمه أو لا ينقاد إلى حكمه عزره على ذلك ، واما اذا رأى القاضي قد استشاط على رجل غيظاً أو شتمه أو احتد عليه في كلامه ، ردعه عن ذلك ووعظه وخوفه بالله عز وجل فأن القاضي لا يجوز له ان يحكم وهو غضبان ، ولا يقول هجراً ، ولا يكون فظاً غليظاً .

الفرع الثامن

٢٠ ـ ولاية المظالم :

وجدت ولاية المظالم منذ عهد النبي ﷺ ويتولاها موظف واحد يسمى (والي المظالم) ، وهي من الوظائف التي يمتزج فيها سطوة السلطان بنصفة القضاء ، وعمل والي المظالم ليس قضائياً خالصاً بل هو عمل قضائي وتنفيذي ، فهو قضاء احياناً ، وتنفيذ اداري احياناً واختصاص[٣٣] والي المظالم هي : (١) المظالم الواقعة من الرعاة على الرعية ، وعلى من تحت سلطانهم من العمال ،

---

(٣٣) ولاية المظالم للمرحوم محمد أبو زهرة ـ مجلة القضاء ع ٢ و ٥ سنة ١٩٦٠ ص ٥٤٢ وما بعدها .

(٢) ما يقع من الولاية على اغتصاب اموال بيت المال وما يغتصبونه من الناس ، (٣) ما يغتصبه الاقوياء من الضعفاء ، (٤) النظر في جور عمال المال في الضرائب التي يجبونها ، (٥) النظر في مال الدواوين والقائمين عليها ، وادارة شؤونها فينظر إلى صلاحيتهم لادائها ، وامانتهم من ناحية تنفيذ شروطها وبناء المخرب ومحاسبة النظار .

وهذه الأمور كلها لا تحتاج إلى رفع دعوى إلى والي المظالم لان رفع الظلم في ذاته حسبة ، ويصف الماوردي ولاية المظالم فيقول هي (قود المتظالمين إلى التناصف بالرهبة ، وزجر المتنازعين عند التجاحد بالهيبة فكان من شروط الناظر فيها ان يكون جليل القدر نافذ الأمر ، عظيم الهيبة ظاهر العفة قليل الطمع كثير الورع لانه يحتاج في نظره إلى سطوة الحماة وثيت القضاة فيحتاج إلى الجمع بين صفات الفريقين ، وان يكون بجلالة القدر. هذه هي جملة القول في مبادىء التنظيم القضائي في الفقه الاسلامي[٣٤] .

---

(٣٤) الماوردى في الأحكام السلطانية ص ٦٤ .

الفصل الثاني

القاضي صفاته وواجباته

القاضي صفاته وواجباته

الفـــــرع الأول :

٢١ ـ صفـــــات القاضــــــي :

القاضي : هو كل من يتولى منصب القضاء ، وهو اصطلاح يطلق على كل قاضي سواءاً كان قاضياً في محكمة البداءة ، أو في المحكمة الادارية أو محكمة الاحوال الشخصية أو كان قاضياً للتحقيق أو الجنح أو الجنايات أو قاضياً في محكمة الاستئناف أو محكمة التمييز .

وتتولى الدولة اقامة العدل طبقاً للقانون بواسطة القضاء ، لكي يتمكن كل مواطن من الوصول إلى حقه ، وذلك لا يتم الا باقامة صرح القضاء وتنظيم اجراءاته ، فالناس في حاجة إلى القضاء في كل زمان ومكان حتى لا يقيم الناس من انفسهم قضاة ، ويسعون إلى اخذ ما يدعونه بأيديهم فتكون الغلبة للقوي .

فالقاضي هو الذي يمسك الميزان بين الطرفين المتنازعين فيحكم بينهما بالعدل طبقاً لاحكام القانون ، ويتسامى القاضي عند نظر الدعوى ، متجرداً من كل شائبة من شوائب الغرض أو الهوى ، وان يكون ذا انسانية ، وهي احساس القاضي بحق غيره واحساسه بالمشاركة الوجدانية مع المواطنين ، يشعر بشعورهم ويتألم لالمهم ، ويفرح بفرحهم ، يرحم ولا يقسو ويلين ولا يغلظ ، ويحترم كل فرد

---

(١) Piero Calamandrei, Procedure and Democrary p. 35 كتاب المرافعات والديمقراطية تأليف بيرو كالموندري ترجمه عن الايطالية إلى الانكليزية ـ كلارك آدمز وهيلين آدمز ص ٣٥ .

مهما كان مركزه ، دون النظر إلى جنسه أو لونه ، أو دينه أو نسبه أو حسبه ، لا فرق عنده بين غني وفقير أو قوي وضعيف ، بل كلهم سواسية ، امام القانون .

أن صفات القاضي التي يجب ان يتحلى بها كثيرة ، نذكر بعضاً منها على سبيل المثال وهي :-

١ ـ ان يكون مثقفاً وعالماً ، اذ يجب ان يتفقه في القوانين فهماً واستذكاراً فما ينبغي ان يكون القاضي شيئاً اذا لم يكن كذلك ، وان يكون دارساً للفقه والفلسفة ، والطب العدلي ، وعلم النفس ، وعلم الاجتماع ، والاقتصاد والتاريخ ، والمنطق ، وأداب البحث والمناظرة ، واللغة العربية ، والادب العربي ، ولغة اجنبية واحدة على الاقل ، لأن العلم والدراسة والمعاناة والتدريب الشاق هي القادرة على ان تصوغ شخص القاضي وعقله .

والقاضي الذي يقتصر علمه على القوانين فقط دون العلوم الاخرى فما اشد بؤسه وما اسرعه إلى الفشل ، اذ أن فن القضاء متصل بالحياة وموضوعه هو الحياة في احداثها واشخاصها ، لان فلسفة القضاء هي ابراز الصلة بين القانون والحياة ، وكشف اللاقة بين الواقع القانوني والواقع الانساني . فالقاضي هو القانون تجسد رجلاً(٢) .

٢ ـ ان يكون صادقاً مع نفسه ، وصادقاً مع الاخرين ، واميناً بعيداً عن الريبة ، مأموناً في الرضا والغضب .

٣ ـ ان يكون ذا تفكير سليم ، وذهن صاف لا زغل فيه ولا كدر ، دقيق الملاحظة ذا ذاكرة قوية .

٤ ـ أن يكون شجاعاً في ابداء رأيه واسع الصدر ، متواضعاً ، نزيهاً ، مستقيماً ذا

---

(٢) بيرو كالمندي ـ قضاة ومحامون ترجمة حسن جلال العمروسي ص ٣٣ .

قدرة على مقاومة اهوائه .

٥ ـ أن يكون ذا شخصية ومن مستلزمات الشخصية ان يكون القاضي انيقاً في مظهره وفي ملبسه ، والاناقة ليست هي الاسراف في التزين وانما الاناقة في تخير الثياب النظيفة المنسجمة الوانها .

الفـــرع الثانـــي :

٢٢ ـ واجبـــات القاضـــي :

يتحمل القاضي واجبات تتكافأ مع مسؤوليته القضائية تحقيقاً لحسن سير العدالة ، وصيانة لشرف القضاء وكرامته ، وهـذه الواجبـات لا ترتبط بعمـل القاضي في المحكمة فحسب ، بل تتصل بحياته الخاصة ونشاطه خارج المحكمة ايضاً ، والحكمة من ذلك هي ان ولاية القضاء تتطلب واجبات وصفات معينة تتصل بشخص القاضي وسلوكه في المجتمع ، اذ لا يمكن الفصـل بين وظيفـة القاضي وحياته الخاصة ، لان القاضي يمثل العدالة القضائية .

لقد نص قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة/ ١٩٧٩ في المادتين ٧ و ٨ منه على واجبات القاضي وهي :ـ

١ ـ المحافظة على كرامة القضاء والابتعاد عن كل ما يبعث الريبة في استقامته ، وتأسيسياً على ذلك لا يجوز للقاضي قبول هدية من احد المحامين أو من أي شخص آخر له أو لافراد اسرته ، ولا يجوز له مناقشة الخصوم أو المحـامين خارج الجلسة في الدعوى المعروضة عليه ، قبل صدور حكم فيها .

٢ ـ كتمان الأمور والمعلومات التي يطلع عليها بحكم وظيفته أو خلالها اذا كانت سرية بطبيعتها ، أو يخشى من افشائها لحوق ضرر بالدولة أو الاشخاص ، ويظل هذا الواجب قائماً حتى بعد انتهاء خدمته .

٣ ـ عدم مزاولة التجارة أو أي عمل لا يتفق وكرامة القضاء فلا يجوز ان يكون شريكاً لتاجر بالخفاء ، أو ان يعمل مستشاراً قانونياً لدى احدى الشركات أو لدى احد التجار أو اصدار فتاوي .

٤ ـ الاقامة في مركز الوحدة الادارية التي فيها مقر عمله الا اذا اذن له وزير العدل بالاقامة في مكان آخر لظروف يقدرها . لان حسن سير العمل القضائي تقتضي اقامة القاضي في مركز عمله .

٥ ـ ارتداء الكسوة الخاصة بالقضاة اثناء المرافعة .

٦ ـ لا يجوز ان يشترك القاضي في هيئة قضائية واحدة قضاتها بينهم مصاهرة أو قرابة لغاية الدرجة الرابعة ، ولا يجوز ان ينظر القاضي طعناً في حكم اصدره قاض آخر تربطه به العلاقة المذكورة والقرابة من الدرجة الأولى هي الأب والأم بالنسبة إلى ولدهما ، وكذلك الابن والبنت بالنسبة لوالديهما ، والقرابة من الدرجة الثانية هي أبو الاب وأم الاب ، وأبو الام وأم الام ، والأخ بالنسبة إلى أخيه والقرابة من الدرجة الثالثة هي ابن الاخ وكذلك العم ، والقرابة من الدرجة الرابعة هي ابن العم ، أو بنت العم ، والحكمة في ذلك هي تمكين الثقة في القاضي .

٧ ـ وجوب التقيد بالدوام الرسمي للمحاكم الذي يحدده مجلس العدل (مادة ٦٧ من قانون التنظيم القضائي) .

٨ ـ وجوب حضور القاضي جلسات المرافعة في مواعيدها ، وعدم تأجيل الدعوى الا لسبب مشروع ، ولا يجوز التأجيل اكثر من مرة للسبب ذاته الا اذا رأت المحكمة ما يقتضي التأجيل لحسن سير العدالة ولا يجوز ان تتجاوز مدة التأجيل عشرين يوماً الا اذا اقتضت الضرورة ذلك (مادة ٦٢/ ٢ و ٣ مرافعات مدنية) .

٩ ــ واخيراً وليس اخراً هو محافظة القاضي على استقلاله ، وعدم تحيزه فقد نصت (المادة ١/٦٣ من الدستور المؤقت الصادر سنة ١٩٧٠) على ما يأتي : (القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون) ونصت المادة (٢) من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ على نفس الحكم ايضاً ، والمقصود باستقلال القاضي هو ان يقوم بعمله القضائي مستقلاً عن سائر الهيئات الحكومية الأخرى فليس لاية هيئة ان تملي على القاضي ما يقضي به في دعوى منظورة امامه ، اذ يقوم بعمله القضائي بحرية ، بعيداً عن التأثر بأي مؤثر ، أو أي تدخل[٣] سواء أكان ذلك من جهة حكومية أو من اقربائه أو من المواطنين وقد ابرزت المادة الدستورية استقلال القضاء ، فجعلت السلطان على القضاة احترام القانون ، والتزام حدوده واحكامه ، وحرمت التدخل في اعمال القضاة .

وفي قيام القاضي بأداء عمله القضائي مستقلاً مطمئناً على منصبه اكبر ضمان لحماية حقوق الدولة والمواطنين .

أن استقلال القاضي يكون ايضاً في داخل التنظيم القضائي ، اذ أن القاضي مستقل في اداء عمله القضائي عن سائر القضاة الآخرين سواء اكانوا من صنفه أو من صنف اعلى ، ولا يعتبر الطعن بالحكم إلى محكمة اعلى اخلالاً بذلك لان الطعن في الحكم لا يكون الا بعد صدوره فعلاً ، كما ان كل قاضي مشترك في هيئة يتمتع بنفس الاستقلال عند التصويت في اصدار الحكم بصرف النظر عن اقدميته ، وقد يصدر الحكم بالاتفاق أو بالاكثرية .

أما عن عدم تحيز القاضي لاحد الخصوم في الدعوى ، فهو أن القاضي محايد يمكن الاطمئنان إلى حكمه بالاطمئنان على عدم تحيزه ، وعدم تأثره بأي مؤثر وذلك

---

(٣) Denning, Sir Alfred, The Road to Justice, p. 10

هو روح القضاء وجوهر العدالة اذ يجب على القاضي ان يراعي جانب الحق في قضائه فلا يميل مع الهوى وان قانون العقوبات قد عاقب كل من يتوسط لدى القاضي اذ نصت المادة (٢٣٣) منه بان يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة واحدة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بأحدى هاتين العقوبتين كل موطف أو شخص مكلف بخدمة عامة توسط لدى قاضي أو محكمة لصالح احد الخصوم أو اضرار به ، كما نصت المادة (٢٣٤) منه بأن يعاقب بالحبس أو بالغرامة أو بأحدى هاتين العقوبتين كل قاض اصدر حكماً اثبت انه غير حق وكان ذلك نتيجة التوسط لديه .

ان تحيز القاضي لاحد الخصوم في الدعوى يعطي الحق للخصم الآخر ان يرفع شكوى عليه لمخالفته اداء وظيفته بدافع التحيز (المادة ٢٨٦ وما بعدها من قانون المرافعات المدنية) .

وعلى القاضي ان لا ينظر الدعوى اذا كانت له مصلحة شخصية في نظرها كأن تكون له مع احد الخصوم عداوة أو صداقة اذ يجوز في هذه الحالة رد القاضي عن نظر الدعوى (مادة ٩٣/٢ مرافعات مدنية) .

وعلى القاضي ان لا يحكم بعلمه الشخصي المتحصل خارج المحكمة ، دفعاً للتحيز ، اذ نصت المادة ٨ من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ ليس للقاضي ان يحكيم بعلمه الشخصي الذي حصل عليه خارج المحكمة ، ومع ذلك فله ان يأخذ بما حصل عليه من العلم بالشؤون العامة المفروض المام الكافة بها ، وهذا النص القانوني يبني على اساس ان للخصوم في الدعوى حق مناقشة الدليل ، فأذا اجيز للقاضي ان يحكم بعلمه الشخصي المستحصل خارج المحكمة فيكون قاضياً وشاهداً ، وقد يكون القاضي متحيزاً لاحد الخصوم في الدعوى . وقد روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه تداعى عنده رجلان ، فقال احدهما انت شاهدي ، فقال عمر ان شئتما شهدت ولم احكم أو احكم ولا اشهد .[٤] وقال

(٤) أحمد ابراهيم ـ طرق القضاء ص ٣٩ .

بعض الفقهاء ان القاضي لا يقضي بعلمه الشخصي لوجود التهمة .

ان عدم جواز القاضي ان يقضي بعلمه الشخصي لا يتعارض مع للقاضي من سلطة في تحري الوقائع لاستكمال قناعته أو الدور الايجابي له (راجع المواد ١ ، ٢ ، ٣ ، ٤ من قانون الاثبات رقم ١٠٧ سنة ١٩٧٩) وعلى القاضي ان يساوي بين الخصوم في الدعوى دون تمييز بينهما فلا يحابي ولا يظلم احداً منهم وقد روى عن الرسول ﷺ انه قال (اذا ابتلى احدكم بالقضاء فليسوا بينهم في المجلس والاشارة والنظر،ولا يرفع صوته على احد الخصمين اكثر من الاخر) ولهذا فلا يجوز للقاضي ان يعبس في وجه احد الخصوم ، ويبش في وجه الاخر ، وان لا يأذن لاحد الخصوم بالجلوس ويبقى الاخر واقفاً الا ان يكون أحد الخصوم شيخاً كبيراً أو مريضاً فيجوز للقاضي ان يأذن له بالجلوس اثناء المرافعة .

الفصل الثالث

المنطق القضائي في الوقائع والقانون والدعوى

٢٣ ـ المنطق : علم يعصم الذهن من الخطأ في التفكير .(٥)

والمنطقي من يفكر تفكيراً منطقياً وعلى قدر ما يتعلق علم المنطق بموضوع (فن القضاء) يوجد نوعان من المنطق وهما (المنطق القانوني) و (المنطق القضائي) وقبل ان نبحث ذلك نقول كلمة عن التفكير القضائي .

٢٤ ـ التفكير القضائي : هو اعمال عقل القاضي في مشاكل الدعوى للتوصل إلى اصدار حكم فيها .

ومن اهم صفات القاضي التفكير القضائي السليم ، بأن يكون التفكير واضحاً ومنظماً وحاسماً . فالتفكير الواضح يجعل القاضي يتجه مباشرة إلى مشاكل الدعوى ، ونقاط النزاع فيها ، فيدركها في صورة جلية لوضوح رؤيته لها .

والتفكير الواضح يجعل القاضي يركز عينيه على نقط النزاع ومشاكل الدعوى المطلوب حلها ، مثله في ذلك مثل لاعب كرة القدم الذي يركز عينيه على الكرة حيثما ذهبت ، ويعصم القاضي من الدخول في المتاهات والتمسك بالجزئيات أو احداث التفريعات التي لا ضرورة لها في الدعوى أو اضافة مشاكل جديدة على الدعوى فوق مشاكلها الاصلية ، والتفكير الواضح يجعل القاضي ذا فكر صاف لا زغل فيه ولا كدر ، نفاذ إلى مشاكل الدعوى ، والاقوال المتناقضة فيها لكي

(٥) راجع في المنطق جون ديوي ـ نظرية المنطق ترجمة زكي نجيب محمود . وكتاب المنطق القضائي وفن القضاء تأليف فبراكيت Fabraguttes بالفرنسية ص ٤٩٧ طبعة باريس سنة ١٩٢٦ .

يستطيع الوصول إلى حقيقة النزاع برؤية واضحة .

اما التفكير المنظم : فهو ان يكون القاضي ذا عقل مركز وتفكير هندسي له عقلية مهندسي معماري ، لان القاضي ما هو الا مهندي اجتماعي ومحلل نفساني .

وقد ارشدنا قانون المرافعات المدنية على الخطوات المنظمة التي يتحتم على القاضي اتباعها من بداية الدعوى حتى صدور الحكم فيها فعلى القاضي ان يتبع بدقة وحزم ، التنظيم الذي نص عليه قانون المرافعات المدنية ، وعليه ان يحاذر من التفكير المضطرب الذي يجعله يتحول من مشكلة في الدعوى إلى مشكلة اخرى قبل ان يقوم بحل المشكلة الأولى ، وهكذا تتراكم المشاكل في الدعوى وتبقى دون حل لها .

اذ عليه ان يبدأ بتحديد مشاكل الدعوى ونقاط النزاع فيها ، ثم يبدأ بحل كل مشكلة بقرار يصدره قبل صدور الحكم الحاسم للدعوى ، وان لا يتحول من مشكلة إلى اخرى قبل اتخاذ القرار للمشكلة الأولى ، فالتفكير المنظم هو الذي يجعل القاضي ينتقل من مرحلة إلى اخرى من مراحل الدعوى بشكل منظم ، فيبدأ بدراسة الدعوى دراسة مستفيضة ثم يقوم بتحديد نقط النزاع فيها تحديدا دقيقاً سواء اكانت النقط متصلة بوقائع مادية أو بمسائل قانونية . لان التحديد الدقيق للوقائع هو مفتاح الحل الصحيح للدعوى .

اما التفكير الحاسم : فهو ان القاضي بعد ان تتضح له معالم الدعوى ووقائعها وحكم القانون فيها ، وبعد ان يقوم بعملية الهضم القضائي لوقائع الدعوى فعليه ان يفصل فيها بحكم حاسم دون ان يكون مترددا أو هياباً ، لان بعض القضاة يتهيبون من اصدار الحكم ، فيؤجلون الدعوى من حين لآخر لاسباب شتى ، وان دل ذلك على شيء فأنما يدل على ضعف ثقتهم بكفاءتهم القانونية أو ضعف شخصيتهم .

فالقاضي الجيد ، هو من يكون تفكيره القضائي واضحاً ومنظماً وحاسماً .
ان على القاضي ان يقرأ ثم يفهم ثم يحكم .

المنطق القانوني والمنطق القضائي : يقول الاستاذ احمد فتحي سرور (يبحث المنطق القانوني في نشأة القاعدة[٦] القانونية وتفسيرها وتطبيقها بطريقة نظرية بينما يبحث المنطق القضائي في تفسير القاعدة القانونية وتطبيقها من قبل القاضي بمناسبة الفصل في الدعوى المنظورة امامه ، ولهذا يتخذ المنطق القضائي طابعاً عملياً ، فهو يعمل على صياغة الحكم القضائي في حالة محددة مما يثبت لديه من وقائع الدعوى ، بينما المنطق القانوني يعمل على صياغة حكم بصورة عامة . كما ان المنطق القانوني يركز فيه على النظريات المجردة دون ان يعبأ بالناحية الانسانية فيمن تطبق عليهم اوامر القانون ونواهيه . بينما في المنطق القضائي ، على القاضي ان يجعل العنصر الأول في احكامه هو العنصر الانساني الكامن وراء النظريات القانونية المجردة) .

فالقاضي الجيد : هو من سمت الناحية الانسانية فيه ، لان الدعوى ظاهرة انسانية تكون الكلمة الأخيرة فيها للقاضي .

والمنطق القضائي يتصل بالوقائع وبالقانون ، لان القاضي يباشر مهمتين فالمهمة الأولى تتعلق باثبات وقائع الدعوى وفقاً لقانون الاثبات ، والمهمة الثانية ، تتعلق بتحديد النص القانوني الواجب التطبيق بعد تكييفه لتلك الوقائع وتفسيره للنص القانوني ، ثم تطبيقه على وقائع الدعوى .

ان كل دعوى تتكون من عنصرين ، الاول هو عنصر وقائع الدعوى (أو ما يسمى بالوقائع أو الواقعة) ، والعنصر الثاني هو القانون ، ونتكلم عن المنطق

---

(٦) احمد فتحي سرور ـ الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية ج ٣ ص ١٩٠ وقد أشار فيه الى - Cooper
Royer la logique judiciare p. 74 ١ وراجع محمد محمود ابراهيم ـ النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى ص ١٢٤ وما بعدها .

القضائي في الوقائع ثم عن المنطق القضائي في القانون بعد ان نبحث في وقائع الدعوى وشروطها .

٢٥ ـ عناصـــر الدعـــوى :

العنصر الأول : وقائع الدعوى : والعنصر الثاني : القانون

الفـــرع الأول : الوقائـــع :

٢٦ ـ العنصر الأول : وقائع الدعوى :

أن الوقائع هي مصدر الحق المدعي به أمام القضاء ، وهو التصرف القانوني أو الواقعة القانونية التي أنشأت هذا الحق والذي يطالب المدعي بأثباته .

والتصرف القانوني(٧) Legal Act - Acte Juridique هو الارادة تتجه إلى احداث اثر معين ، فالعقد هو تصرف قانوني قد ينشىء الحقوق الشخصية ، وقد يكسب الحقوق العينية والوعد بجائزة ، تصرف قانوني يقوم على ارادة منفردة تنشىء الحقوق الشخصية ، والوصية كذلك تصرف قانوني يقوم عل ارادة منفردة ، تكسب الحقوق العينية ، وكذلك الوفاء والابراء ، يقضي الحقوق الشخصية ، والنزول عن حق انتفاع أو حق ارتفاق أو رهن لعقار يقضي الحقوق العينية .

أما الواقعة القانونية Legal Fact - Fait Juridique فهي واقعة مادية يرتب القانوني غليها اثراً وليست هي ارادة كما في التصرف القانوني ومن امثلة الواقعة القانونية العمل غير المشروع (الفعل الضار) ، والكسب دون سبب ، فهما واقعتان قانونيتان تنشئأن الحقوق الشخصية ، وكذلك الحيازة تكسب الحقوق العينية ، والموت واقعة قانونية قد تكسب الحقوق العينية كما في الميراث ، وقد

(٧) المرحوم السنهوري ـ التصرف القانوني والواقعة القانونية ص ٣ وما بعدها .

تقضي الحقوق الشخصية كما في اتحاد الذمة . والواقعة القانونية كالتصرف القانوني ، قد تنشأ الحقوق الشخصية وتكسب الحقوق العينية ، وقد يقضيها جميعاً ، وترتب عليه اثاراً قانونية .

أن محل الاثبات في الدعوى هو مصدر الحق أي الواقعة القانونية والتصرف القانوني . وقد نصت المادة (١٠) من قانون الاثبات بأنه (يجب أن تكون الواقعة المراد اثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجه فيها وجائزاً قبولها) وهذه هي شروط الواقعة ، وهي :[٨]

١ ــ أن تكون الواقعة محددة تحديداً كافياً ، لان واقعة الدعوى ان كانت غير محددة تكون مجهلة ، أو مبهمة ويتعذر اثباتها ما لم تصبح واضحة ، وللقاضي أن يستوضح من الطرفين عن الامور التي يراها مبهمة أو أن في ايضاحها فائدة لحسم الدعوى (مادة ٥٩/١ مرافعات مدنية) . اذ ان من البيانات التي يجب أن تشتمل عليها عريضة الدعوى هي بيان موضوع ووقائع الدعوى فأن كان منقولاً ذكر جنسه ونوعه وقيمته واوصافه وان كان عقاراً ذكر موقعه وحدوده أو موقعه ورقمه أو تسلسله (مادة ٤٦/٥ و ٦ مرافعات مدنية) ، لهذا يجب تحديد وقائع الدعوى تحديداً كافياً ، فأن كان محل الاثبات عقد بيع بضاعة ، فيجب بيان تاريخه واوصاف البضاعة المبيعة وان كان ديناً ، فيجب بيان تاريخ السند وهل هو سند رسمي أو سند عادي ومقدار الدين ورقمه وكل ما يتعلق به من اوصاف .

٢ ــ أن تكون الواقعة غير معترف بها ، أي ان تكون محل نزاع ، فاذا كان الخصم معترفاً بها ، فلا حاجة لتكليف المدعي بأثباتها .

---

(٨) السنهوري في الوسيط ج ٢ ص ٥٧ وهاشم الحافظ في مذاكرته في الاثبات ص ٢٧ وسعدون العامري موجز الاثبات ص ١٩ وآدم وهيب النداوي في شرح قانون الاثبات ص ٣٢ .

٣ ـ أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى ومنتجه فيها ، اذ يجب ان تكون الواقعة المراد اثباتها هي ذاتها مصدر الحق المدعي به ، كما اذا ادعى شخص بأن له بذمة المدعي عليه مبلغاً معيناً ، فلا يجوز للمدعي عليه ان يدفع الدعوى بأنه سبق أن اقرضه مبالغ وسددها له ، لان هذا الدفع لا علاقة له بواقعة الدعوى وليست منتجة فيها .

٤ ـ أن تكون الواقعة جائزة الاثبات قانوناً : اذ يجب أن تكون الواقعة في الدعوى غير مستحيلة لان المستحيل لا يصح عقلاً ومنطقاً اثباته ، كشخص يدعي بنبوة آخر اكبر منه في السن أو اذا كان القانون يمنع اثبات تلك الواقعة كمنع اثبات دين القمار أو المعاشرة غير المشروعة ، أو اذا اراد المدعي اثبات دين يزيد على خمسين ديناراً بشهادات الشهود .

تلك هي شروط الواقعة في الدعوى ونبحث الان في المنطق القضائي في الوقائع .

٢٧ ـ المنطق القضائي في الوقائع :

أن المنطق القضائي المتعلق بوقائع الدعوى ، يستخلصها القاضي من اقوال الخصوم ومذكراتهم ومستنداتهم . من مصادر موجودة فعلاً في اوراق الدعوى ، وتؤدي عقلاً ومنطقاً لتلك الوقائع ، فاذا اثبت القاضي مصدراً للوقائع لا وجود له ، أو موجود ولكنه مناقض لوقائع اخرى ثابتة ، أو يستحيل عقلاً استخلاص تلك الوقائع من تلك المستندات في الدعوى ، كان قضاؤه خاطئاً لان ذلك يعتبر من قبيل التحكم الذي يناقض العمل القضائي لان اقتناع المحكمة بأقوال الخصوم أو الشهود أو المستندات يجب ان يكون له ما يبررهُ في اوراق الدعوى . لان اقتناع القاضي هو عملية عقلية منطقية تقوم على الاستقراء والاستنباط ، ينتهي في ختامها إلى نتيجة معينة .(٩)

أن الاستقراء والاستنباط يفترض توافر حوار جدلي بين القاضي والخصوم والشهود لاثبات الادلة المطروحة عليه . وبعدها تبدأ عملية الاستقراء القائمة على ملاحظة الوقائع الجزئية التي قام الدليل على توافرها ، ثم يستنبط القاضي من هذه الوقائع بنتيجة معينة ويتضح من ذلك أن المنطق القضائي المتعلق بالوقائع يقوم : كما يقول الأستاذ أحمد فتحي سرور على الأمور الاتية :ـ

أولاً : (الاستدلال الجدلي للاقتناع بالادلة[١٠] ، وذلك بدراسة جميع الادلة التي تؤيد أو تنفي ادعاء معيناً ، على نحو يسمح للقاضي بأصدار حكم يؤيد فيه هذا الادعاء أو يدحضه ويكون ذلك اكثر ما يكون في القضايا الجزائية وعلى القاضي ان يستخدم الادلة لكي يستدل منها على الحقيقة فالادلة الاقناعية اولاً ثم يعقبها الاستدلال على الحقيقة) .

ثانياً : (الاستدلال الاستقرائي لملاحظة الوقائع الجزئية التي تشهد عليها الدعوى) .

ثالثاً : الاستدلال الاستنباطي للوصول إلى نتيجة معينة في ضوء الوقائع الجزئية التي استقرأها . ويلجأ القاضي عند استقراء الادلة للتحقق من صدقها ، ثم استقراء العناصر الواقعية واستنباط الصورة النهائية لواقعة الدعوى إلى عمليتين هما التحليل والتركيب ، والتحليل عملية ذهنية ، تتم بمعرفة العناصر الاساسية في الواقعة . أما التركيب فهي عملية ذهنية يستعين بها القاضي للتأكد من صحة النتائج التي انتهى اليها التحليل .[١١]

وبذلك ترتسم الصورة النهائية لواقعة الدعوى .

---

(٩) محمد محمود ابراهيم ـ النظرية العامة للتكييف القانوني في الدعوى ص ٢٧٧ وما بعدها وراجع كتاب المنطق القضائي وفن القضاء تأليف فبراكيت Fabreguttes ص ٤٩٩ طبعة باريس ١٩٢٦ .

(١٠) احمد فتحي سرور ـ المرجع السابق ص ١٩٣ وما بعدها .

(١١) Schroeder : Le nouveau style Judiciare p. 109

الفـرع الثانـي : القانـون

العنصر الثاني : القانون :ـ

أن القاعدة القانونية تتكون من عنصـرين ، وهما الفـرض ، أي الواقعـة والحكم أي حكم القانون في تلك الواقعة ، فالفرض هو الواقعة التي يرتب عليها القانون اثراً معيناً . أما الحكم فهو الأثر القانوني الذي يرتبه القانون على الفرض أو الواقعة ، فالفرض يمثل وقائع النزاع ، والحكم هو الذي ينهي النزاع بين اطراف الدعوى ، أما القاعدة القانونية فتتمثل بالصلة المنطقية بين الفرض أي الواقع وبين الحكم ومثال ما نصت عليه المادة ٢٠٤ من القانون المدني من أنَّ كل تعد يصيب الغير بأي ضرر يستوجب التعويض ، وعند تحليل هذه القـاعدة القـانونيـة فأنها تتركب من حكم وفرض ، أما الحكم فهو الالتزام بالتعويض ، وأما الفرض ، فهو فعل الانسان ، وينشىء عنه ضرر ، ويكون بين الضرر وفعل الانسـان علاقـة سببية ، ويعد هذا الفعل خطأ تعمداً كان أو تعدياً .

ولئن كان على الخصم أن يقوم بأثبات وقائع الدعوى ، فأن القاضي يقوم بتطبيق القانون بعلمه ، لان من واجبه ان يطبق القانون عـلى النزاع المعـروض عليه ، والمقصود بالقانون هو كل نص تشريعي سواء أكان وارداً في القانون المدني أو القانون التجاري ، أو قانون الاحوال الشخصية أو أي قانون آخر ، وكذلك القرار الصادر من قبل مجلس قيادة الثورة بموجب الفقرة (١) من المادة (٤٢) من الدستور المؤقت الصادر سنة ١٩٧٠ ، وبالنسبة إلى القانون المدني فأن المادة الأولى منه قد نصت عـلى المصـادر الـرسمية لـه ، وهي : (١) النصـوص التشـريعيـة ، (٢) العرف ، (٣) مبادىء الشريعة الاسلامية ، (٤) قواعد العدالة .

فالنصوص التشريعية هي المواد القانونية المنصوص عليها في القانون المدني أو

في غيره من القوانين النافذة[١٢] . أما المصادر الاخرى كالعرف أو مبادىء الشريعة الاسلامية أو قواعد العدالة ، فهي مصادر ثانوية احتياطية ، لا يلجأ القاضي اليها الا اذا سكت التشريع في تطبيقه على النزاع المعروض امام القاضي فاذا عرض نزاع فيتحتم على القاضي أن يبحث في نصوص التشريع ، فاذا وجد نصاً تشريعياً يسري بلفظه أو فحواه ، فيجب تطبيقه ، أما اذا لم يوجد فعلى القاضي أن يبحث على حل للنزاع بين مصادر القانون الأخرى حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة الأولى من القانون المدني . أما المصدر الثاني فهو العرف وهو مجموعة القواعد التي درج الناس على اتباعها في معاملتهم . أما المصدر الثالث فهو مبادىء الشريعة الاسلامية يلجأ اليها القاضي عند فقدان النص التشريعي والعرف والمقصود بمبادىء الشريعة الاسلامية هي القواعد الاساسية التي تقوم عليها دون الاحكام التفصيلية ودون التقيد بمذهب معين .

والمبادىء العامة في الشريعة الاسلامية تطبق على اساس انها تتضمن القواعد القانونية التي تحكم المعاملات .

اما قواعد العدالة فهي المصدر الرابع من مصادر القانون يلجأ القاضي اليها عند فقدان النص التشريعي والعرف ومبادىء الشريعة الاسلامية ، وهي تلزم القاضي ان يجتهد في حل النزاع المعروض عليه ، وهي تقتضيه في اجتهاده أن يصدر حكمه عن اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتي خاص ، وان تنوع فكرة العدالة من حيث المضمون ، لا يؤثر على ثباتها من حيث المبدأ ، فالعدالة فكرة لا تنطوي على مجرد ايقاع الضرر بالغير ، واعطاء كل انسان ما يستحقه ، وانما تنطوي على شيء اعمق من ذلك هو التوازن المستهدف تحقيقه بين المصالح المتعارضة بغية كفالة النظام اللازم لسكينة المجتمع الانساني وتقدمه مع مراعاة

---

(١٢) راجع في تفصيل ذلك بحث لنا ـ مصادر القانون المدني العراقي ـ مجلة القضاء ع ٢ ص ١٨٤ وما بعدها لسنة ١٩٥٦ .

الظروف الخاصة بكل دعوى على حدة بحيث يستنتج القاضي من هذه الظروف القاعدة القانونية الواجبة التطبيق في ضوء المبادىء العامة للقانون والشريعة الاسلامية مستلهماً الفلسفة الاجتماعية السائدة في المجتمع .

أما في قانون الاحوال الشخصية فقد نصت المادة الأولى منه على ما يأتي :-

١ ـ تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفي فحواها .

٢ ـ اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية الاكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون .

٣ ـ تسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي اقرها القضاء والفقه الاسلامي في العراق وفي البلاد الاسلامية الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية .

والمقصود بمبادىء الشريعة الاسلامية الاكثر ملاءمة لقانون الاحوال الشخصية انما هي القواعد الاساسية في الشريعة الاسلامية دون التقيد بمذهب معين والتي تتلائم مع نصوص قانون الاحوال الشخصية .

المنطق القضائي المتعلق بالقانون :

ان تحديد النص القانوني الواجب التطبيق على وقائع الدعوى هي المقدمة الكبرى للاستدلال المنطقي بعد ان يقوم القاضي بتفسير النص القانوني .

وقد جرى الفقه الألماني والايطالي(١٢) بأظهار نشاط القاضي في شكل عملية استدلال منطقي ، مقدمته الكبرى هي القاعدة القانونية الواجبة التطبيق

---

(١٢) هشام صادق ـ مركز القانون الأجنبي ص ٢٠ .

ومقدمته الصغرى هي الوقائع الثابتة في الدعوى ، ونتيجته هي الحكم الذي يصدره القاضي وينحصر فيما استخلصه منطقياً من تطبيقه للنص القانوني على وقائع الدعوى ، ومثال ذلك في العمل غير المشروع (الفعل الضار) فأن المقدمة الكبرى هي المادة (٢٠٢) من القانون المدني التي تنص على ان كل فعل ضار بالنفس من قتل أو جرح أو ضرب أو أي نوع آخر من أنواع الايذاء يلزم بالتعويضات من احدث الضرر ، والمقدمة الصغرى تنحصر في الوقائع الثابتة في الدعوى والتي تثبت فيها ان ما اصاب (س) من ضرر راجع إلى خطأ (ص) ، والنتيجة أو الأثر القانوني لتطبيق النص القانوني المذكور على الوقائع هي الزام (ص) بتعويض (س) لما سببه له من اضرار ، ومثال ذلك أيضاً نص المادة (٤٠٥) من قانون العقوبات التي تنص بأن من قتل نفساً عمداً يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت وهي المقدمة الكبرى ، اما المقدمة الصغرى فهي الوقائع الثابتة أن (ع) قتل عمداً (ق) والنتيجة لتطبيق النص القانوني على وقائع الدعوى هي الحكم على (ع) بالسجن المؤبد أو المؤقت .

الفرع الثالث : الدعوى :

٢٩ ــ الدعوى القضائية[١٣]

عرفت المادة (٢) من قانون المرفعات المدنية الدعوى Action بأنها طلب شخص حقه من آخر امام القضاء ، وعرفها الفقهاء الشرعيون بأنها طلب احد حقه من آخر قولاً أو كتابة في حضور القاضي حال المنازعة بلفظ يدل على الجزم بأضافة الحق إلى نفسه أو إلى الشخص الذي ينوب عنه فالدعوى هي وسيلة قانونية لحماية

(١٣) راجع في تفصيل ذلك محاضراتنا في معهد الدراسات والبحوث العربية في دراسات وبحوث في قانون المرافعات المدنية ص ٤٥ وما بعدها طبعة القاهرة ١٩٧٠ .

الحق ، ومن تحليل هذا النص القانوني في تعريف الدعوى ، فأنه يجب ان تتوافر فيها ثلاثة عناصر وهي : (أولاً) الطلب ، (ثانياً) ان يكون الطلب منصباً على حق ، (ثالثاً) ان يكون الطلب امام القضاء ، فالعنصر الأول هو الطلب ، فكل دعوى يجب ان تقام بعريضة (مادة ٤٤/١ مرافعات) أما العنصر الثاني وهو الحق ، فهو مصلحة مادية أو ادبية يحميها القانون ، ويعتبر الحق من اهم عناصر الدعوى ، فاذا انتفى الحق انتفت الدعوى لعدم وجود سبب لها ، ولذلك يجب ان يكون الحق ثابتاً أي موجوداً وقت المطالبة وان يكون مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام ، وان يكون الحق مما يقره القانون ، فالحقوق التي لا يقرها القانون لا تصلح لاقامة الدعوى ، وان يكون الحق مكفولاً بدعوى ، فالحق الذى مضى عليه مدة مرور الزمان لا تسمع دعواه على المنكر (مادة ٤٢٩ وما بعدها من القانون المدني : ، والعنصر الثالث من عناصر الدعوى هو ان يكون الطلب مقدماً إلى القضاء .

المنطق القضائي في الدعوى القضائية :

ان عنصرا الدعوى هما الوقائع والقانون ، وان التحديد الدقيق للوقائع هو أول العمل الذي يقوم به القاضي ، وهو مفتاح الحل السليم للدعوى .

أن المنطق القضائي في الدعوى يستوجب على القاضي ان يحدد من واقع النزاع وعريضة الدعوى ومذكرات الخصوم واقوالهم .[١٤]

أولاً : المسائل التي ليست محل خلاف بين الخصوم .

ثانياً : المسائل القانونية ووقائع الدعوى المختلف عليها فيما بينهم .

---

(١٤) محمد عبدالجواد ـ المبادىء العامة في قانون المرافعات السوداني ص ٣٥٧ .

ثالثاً

: ادلة الاثبات التي يقدمها الخصوم لاثبات نقاط النزاع المختلف عليها وللقاضي تعديل نقاط النزاع التي حددها القاضي أو اضافة نقاط نزاع جديدة حسبما يرتأى له من سير الدعوى وقبل ختام المرافعة فيها .

أن تحديد نقاط النزاع في الدعوى وسيلة لتوفير وقت القضاة والخصوم وعلى القاضي ان يفرق بين نقاط النزاع في الوقائع وهي التي تحتاج إلى تقديم ادلة لاثباتها ، وبين نقاط النزاع في المسائل القانونية التي هي من سلطة القاضي ، وهذا هو الفصل بين الوقائع والقانون ، وقد يجد القاضي توفيراً للوقت ان يبدأ بالفصل في النقاط القانونية وحدها اذا كان ذلك يؤدي إلى الفصل في الدعوى ، وبذلك يتجنب مشقة اثبات الوقائع دون مقتضى ، واذا لم يتقدم المدعي عليه بأي دفع ، فأن القاضي يفصل في الدعوى وفقاً لادلة الاثبات التي يتقدم بها المدعي .

أن القاضي ليس ملزماً بأتباع أي طريق أو ترتيب لبحث نقاط النزاع الواقعية أو القانونية التي يقوم بها الخصوم ، لان من سلطته ان يفصل في نقاط النزاع بأية طريقة يعتبرها مناسبة للوصول إلى الفصل في الدعوى .

ان من سلطة القاضي ان ينبه الخصوم إلى المسائل التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى والتي لم يذكروها في اقوالهم أو مذكراتهم .

أن القاضي ملزم بما يتفق عليه الخصوم من نقاط النزاع في وقائع الدعوى أما نقاط النزاع حول المسائل القانونية فهي من سلطة القاضي وكذلك من سلطته تكييف وقائع الدعوى ، اذ لا عبرة بتكييف الخصوم لها .

أن المنطق القضائي يستوجب ان تمر الدعوى بالمراحل الآتية :ـ

١ ــ هضم القاضي لوقائع الدعوى .

٢ ـ تحديد نقاط النزاع في الدعوى سواء أكانت نقاطاً واقعية أو قانونية .

٣ ـ ثبوت وقائع الدعوى أو بعضها ثبوتاً قانونياً .

٤ ـ تكييف وقائع الدعوى .

٥ ـ تطبيق القانون على تلك الوقائع لاصدار حكم فيها وسنتكلم في المباحث التالية عن التكييف القانوني لوقائع الدعوى ثم تطبيق القانون عليها .

الفصـــل الرابـــع

دور القاضي والمحـــامـي في الدعوى

دور القاضي والمحامي في الدعوى

الفـــــرع الأول :

٣٠ ـ دور القاضي في تكييف وقائع الدعوى :ـ

تكييف القاضي لوقائع الدعوى هو وصفها بالوصف الذي نص عليه القانون فالقاضي يتوخى معاني القانون في حاصل فهم الواقع في الدعوى فيرد هذا الواقع إلى حكم القانون فتكييف القاضي لاي تصرف قانوني أو واقعة قانونية هو اعطاء الوصف القانوني لذلك التصرف أو لتلك الواقعة .(١٥)

وتكييف القاضي لوقائع الدعوى عملية قانونية يقوم بها القاضي دون أن يكون مقيداً بتكييف المدعي للدعوى ، أو تكييف المدعي عليه لها ، بل على القاضي ان يصل إلى حقيقة النزاع ثم يكيفها التكييف القانوني السليم .

فالمدعي قد يكيف دعواه بما يتفق مع مصلحته ، والمدعي عليه ينازع في هذا التكييف ويبين للمحكمة خطئه ويكيف الدعوى تكييفاً آخر بما يتفق ومصلحته والقاضي وحده المسؤول عن تكييف وقائع الدعوى لا يتقيد فيها بتكييف الخصوم أو احدهم فهو المهيمن على الدعوى ولكن من حق الخصوم ان يسمع القاضي أقوالهم دون ان يكون مقيداً به ، وبعد ثبوت الوقائع ثبوتاً قانونياً ، يطبق القاضي

(١٥) حامد فهمي ومحمد حامد فهمي ـ النقض في المواد المدنية والتجارية ص ١٦٤ وراجع محمد محمود ابراهيم في النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى ص ١١ وما بعدها .

حكم القانون على واقعة الدعوى ، وبذلك قررت الهيئة الموسعة لمحكمة التمييز اذ جاء في قرارها (ان تكييف واقعة الدعوى مسألة قانونية لا يتقيد فيها القاضي بتكييف المدعي لدعواه ، ولا بما يرتبه على هذا التكييف من آثار قانونية لان المدعي قد يخطأ في تكييف دعواه عن جهل أو يتعمد تكييف دعواه تكييفاً خاطئاً للوصول إلى غرض يريده ، فعلى القاضي ان يصل إلى حقيقة دعوى المدعي فاذا وصل اليها كيفها التكييف القانوني الصحيح ثم اصدر حكمه في الدعوى على مقتضى هذا التكييف (قرار الهيئة الموسعة لمحكمة التمييز المرقم ٢٢١/ هيئة موسعة اولى/ ١٩٨١ والمؤرخ في ٢٥/٧/١٩٨١) .

والسند القانوني الذي يجعل القاضي هو المسؤول عن تكييف وقائع الدعوى دون الخصوم هو المادة الأولى من قانون الاثبات التي نصت على (توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من ادلة بما يكفل التطبيق السليم لاحكام القانون وصولاً إلى الحكم العادل في القضية المنظورة) ، وليس من شك ان من جملة ما يتعلق بتوجيه القاضي للدعوى هو سلطته في تكييف وقائعها وإعطائها الوصف القانوني الملائم لها في اطار الوقائع المعروضة فيها .

اما في القانون الفرنسي فقد نص على ذلك صراحة اذ نصت المادة (١٢) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد الصادر سنة ١٩٧٥ ، على ما يأتي : (للقاضي تكييف الوقائع المتنازع عليها التكييف القانوني السليم دون الاعتداء بتكييف الخصوم) ، وليس في قانون المرافعات المدنية العراقي نص مماثل للنص الفرنسي ، ولكن القاضي العراقي يستمد سلطته في تكييف وقائع الدعوى من احكام المادة الأولى من قانون الاثبات حسبما سبق القول .

اما في الفقه الاسلامي فقد جاء في اعلام الموقعين ما يأتي :-[١٦]

---

(١٦) إبن القيم - أعلام الموقعين ج ١ ص ٧٣ .

(لا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق الا بنوعين من الفهم ، احدهما فهم الواقع واستنباط حقيقة ما وقع بالقرائن والامارات حتى يحيط به علماً ، والنوع الثاني فهم الواجب في الواقع وهو فهم حكم الله في كتابه أو على لسان رسوله في هذا الواقع ثم يطبق احدهما على الآخر . وان المطلوب من كل من يحكم بين اثنين ان يعلم ما يقع ثم يحكم فيه بما يجب ، فالأول مداره على الصدق والثاني مداره على العدل وتمت كلمة ربك صدقاً ، وعدلاً ان لا مبدل لكلماته وهو السميع العليم ،) وهذا هو تكييف القاضي لوقائع الدعوى .

وعند قيام القاضي بالتكييف القانوني لوقائع الدعوى فأن كانت واقعة الدعوى مثلاً تشمل عقداً معترفاً به من قبل الطرفين فأن مجرد ثبوت العقد لا يكفي بل يجب معرفة نوع هذا العقد ، هل هو عقد بيع أم عقد اجارة أم عقد هبة أو غير ذلك من العقود التي وضع لها القانون اسماً خاصاً ، وهذا هو التكييف القانوني للعقد . والعبرة في تكييف العقد هي بحقيقة الواقع والنية المشتركة التي اتجهت اليها ارادة المتعاقدين دون الاعتداد بالالفاظ التي صيغت فيها تلك العقود لان العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني (مادة ١٥٥ مدني) .

وليس تكييف القاضي لوقائع الدعوى عملية آلية وانما هي عملية قانونية اجتهادية يسترشد بها القاضي بالغاية الاجتماعية للعقد وبالطبيعة الحقيقية لوقائع الدعوى ، ولنضرب لذلك مثلاً ، شخص يريد ان يقترض مبلغاً من النقود من شخص آخر ، وليس له من سبيل إلى ذلك الا ان يقوم بشراء بضاعة منه بثمن باهظ مؤجل ثم يبيعها له بثمن بخس معجل ، ويقبض المدين ذلك المبلغ الزهيد وتعود البضاعة لصاحبها ، فاذا اخذنا بظاهر العقدين نجد انهما عقد بيع أول ثم عقدبيع ثان ، ولكن حقيقة الواقع والغاية الاجتماعية من عقدي البيع هي عملية قرض بربا فاحش ، فعلى القاضي ان يكيف ذلك على أنه عقد قرض وليس بيعاً وينقص الفوائد الفاحشة إلى الحد المسموح به قانوناً بما لا يزيد على ٧٪ (مادة ١٧٢ مدني) .

وقد تقوم المحكمة بتكييف الدعوى لمعرفة المحكمة المختصة بنظرها ففي دعوى اقامها احد الاشخاص على مدير التجنيد العام بتصحيح اسم والده في سجلات التجنيد حدث تنازع اختصاص بين المحكمة الادارية ومحكمة البداءة ولدى احالة الدعوى على الهيئة الموسعة في محكمة التمييز لتعيين المحكمة المختصة قررت ما يأتي : (وجد ان الاسباب الموجبة للقانون رقم ١٣١ لسنة/ ١٩٨٠ المعدل لقانون المحاكم الادارية رقم ١٤٠ لسنة/١٩٧٧ قد حددت طبيعة الدعاوي التي تنظرها المحاكم الادارية حيث اشارت إلى انها الدعاوي المدنية التي تكون مؤسسات الدولة والقطاع الاشتراكي طرفاً فيها بصفة مدعية أو مدعي عليها والناتجة عن منازعات ترتبط بخطط التنمية القومية والتي يؤثر بطء الفصل فيها على انجاز خطط التنمية ، وحيث ان المدعي يطلب في هذه الدعوى تصحيح اسم والده في سجلات التجنيد وانها لا ترتبط بخطط التنمية القومية بشكل مباشر أو غير مباشر لذلك يكون النظر فيها من اختصاص محكمة البداءة وليس من اختصاص المحكمة الادارية) (القرار المرقم ٦٢١/ موسعة/ ١٩٨١ في ١٣/١٢/١٩٨١) .

هذا هو التكييف القانوني السليم بالرغم ان الدعوى مقامة على مدير التجنيد العام اضافة لوظيفته لان العبرة في التكييف هي بحقيقة النزاع بين الطرفين طبقاً لنصوص القانون ، وفي دعوى اخرى حدث تنازع اختصاص بين محكمة البداءة وبين محكمة الاحوال الشخصية حول دفع مبلغ لغرض الزواج هل هي دعوى من اختصاص محكمة البداءة أم هي من اختصاص محكمة الاحوال الشخصية ولدى احالة الدعوى على الهيئة الموسعة في محكمة التمييز لتعيين المحكمة المختصة قررت ما يأتي : (وجد ان وقائع الدعوى تتخلص في ان المدعي إدعى لدى محكمة بداءة الكرخ في الدعوى المرقمة ٣٦٢٩/ب/١٩٨٠ بأن له بذمة المدعي عليهم مبلغاً قدره اربعمائة ديناراً وقد اوضح في المرافعة ان المبلغ سلمه إلى المدعي عليهم لغرض الزواج من بنت المدعي عليهما على اعتبار أنه مهر معجل لها الا ان الزواج لم

يتم ورفض المدعي عليهم اعادة المبلغ اليه ، فقررت محكمة البداءة بتاريخ ١١/١٠/١٩٨٠ ، احالة الدعوى إلى محكمة الاحوال الشخصية في الكرخ لرؤيتها بحجة ان الدعوى من اختصاصها غير ان محكمة الاحوال الشخصية في الكرخ قررت بتاريخ ٣١/١٢/١٩٨٠ ، وبعدد اضبارة ٥٥٥٥/١٩٨٠ بانها غير مختصة بنظرها لعدم وجود عقد نكاح فطلب وكيل المدعي تعيين المحكمة المختصة بنظر الدعوى ، وحيث ان مشروع الزواج لم يتم وانه لا يوجد عقد زواج بين المدعي وبنت المدعي عليهما الأول والثالث ، لذا فأن المبلغ المدعي به يعتبر ديناً في الذمة ولا يمكن اعتباره مهراً ، ولهذا فأن هذه الدعوى تعتبر من الدعاوي المدنية التي تختص في نظرها محكمة البداءة ولا تعتبر من دعاوي الاحوال الشخثية استناداً لاحكام المادة ١/٣٠٠ من قانون المرافعات المدنية ، وتأسيساً على ما تقدم فأن محكمة بداءة الكرخ هي المحكمة المختصة بنظر الدعوى . (القرار المرقم ٦٨/ موسعة أولى/ ١٩٨١ وتاريخ ١٧/١٠/١٩٨١) .

ويكون التكييف القانوني لوقائع الدعوى الثابتة في مستندات الدعوى ومحاضرها بحيث تؤدي عقلاً ومنطقاً لاستخلاص الواقعة التي تثبت لدى القاضي ، ويكون هذا التكييف خاضعاً لرقابة محكمة التمييز عند الطعن في الحكم ، وان محكمة التمييز تنقض الحكم اذا كان التكييف خاطئاً ومخالفاً للقانون ، لان عملية التكييف هي مسألة قانونية ، الخطأ فيها هو خطأ في تطبيق القانون (مادة ١/٢٠٣ مرافعات مدنية) ، اما في القانون الفرنسي فقد نصت المادة ٥٣٦ من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد على ذلك صراحة اذ قالت (لا يعتد بتكييف المحكمة لحكمها اذا كان خاطئاً ولا يؤثر ذلك في حق الطعن فيه) .

الفـــرع الثانـــي :

٣١ ــ دور القاضي في تفسير القانوني :

تفسير القانون : هو (توضيح ما أبهم من الفاظه وتكميل ما اقتضب من نصوصه ، وتخريج ما نقص من احكامه ، والتوفيق بين اجزائه المتناقضة)[١٧] ، فالتفسير هو تحديد المعنى الحقيقي لمضمون القاعدة القانونية فهو عملية عقلية تهدف إلى توضيح ما ترمي اليه القاعدة القانونية والتفسير على ثلاثة أنواع :ـ

١ ــ التفسير التشريعي .
٢ ــ التفسير الفقهي .
٣ ــ التفسير القضائي وهو موضوع بحثنا .

أن التفسير القضائي يقوم به القاضي عند الفصل في الدعوى[١٨] ، لتحديد معنى النص القانوني الذي تضمنه لتطبيقه على وقائع الدعوى ، فالتفسير يسبق عملية تطبيق القانون وهو من واجب القاضي ، والقاضي مستقل في تفسيره القضائي ، على أنه يجوز له الاستئناس بتفسيرات الفقهاء ان اقتنع بها . ، والتفسير القضائي ذو صيغة عملية وتؤثر فيه الظروف الواقعية المحيطة بالمنازعة .

فالقضاء هو المظهر العملي للقانون وهو الذي يبعث فيه الحياة فيجعله يعيش وينمو ويتطور ، ويطبعه بطابع العصر الذي وجد فيه ، فما هي الطريقة التي يتبعها القاضي في التفسير ؟

نصت المادة (٣) من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة/١٩٧٩ على ما يأتي : (الزام القاضي بأتباع التفسير المتطور للقانون ، ومراعاة الحكمة من التشريع عند

---

(١٧) المرحوم السنهوري في كتابه علم أصول القانون ص ١١٨ طبعة بغداد سنة ١٩٣٦ .
(١٨) صالح محسوب .فن القضاء ص ٥٥ وما بعدها .

تطبيقه) وبذلك يكون القانون قد الزم القاضي بالتفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من القانون عند تطبيقه على واقعة الدعوى .

فالتفسير المتطور للقانون هو ان يفسر القاضي النصوص القانونية بحيث يوائم مضمونها بما طرأ من تغييرات على المجتمع ، اي ملاءمة النص القانوني وظروف المجتمع الجديد ، وبذلك يمكن ان يكون للنص القانوني عند تطبيقه مضمون اوسع مما هو في ذهن المشرع عند وضع القانون ، اذ كلما ظهرت تجربة انسانية جديدة ، أو معارف علمية حديثة تسمح باستخدام طرق أفضل للكشف عن الحقيقة ، فأنه يمكن للقاضي اللجوء اليها اتباعاً للتفسير المتطور للقانون لان القانون كائن حي ينمو ويتطور في البيئة التي نشأ منها وهو اكثر مرونة من ان يعيش في نصوص جامدة ما دامت الحياة في تطور مستمر ويجب ان يقترن التفسير المتطور مع مراعاة الحكمة من القانون عند تطبيقه اذ يجب ربط القانون بالواقع الحي للمجتمع .

الحكمة من التشريع(١٩) : هي الغرض الذي يبتغي القانون تحقيقه ، وهي سبب وجوده اذ ان لكل نص قانوني هدفاً يسعى اليه ، ومن ثم يجب لفهم النص القانوني ادراك حكمته التشريعية ، اذ ان الحكمة من القانون هي مناط تحديد مضمون القاعدة القانونية التي وجدت لحماية مصالح معينة ، والحكمة من النص القانوني يشير إلى المصلحة التي اراد المشرع حمايتها .

فالقانون ، وسيلة لغاية اجتماعية ، ومضمون قواعده نسبي في الزمان والمكان لهذا يجب على القاضي ان يلتمس الحكمة من التشريع عند تطبيق القاعدة القانونية على وقائع الحياة .

---

(١٩) عبدالحي حجازي ـ المدخل لدراسة العلوم القانونية ج ١ ص ٥٢٢ وأنيس ثروت الاسيوطي في مبادىء القانون ج ١ ص ٢٧٥ .

فالتفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من تشريعه ، يوفر للقانون مرونة تتجدد مع الايام وتجعلها متمشية مع تطور ظروف المجتمع ليطبق على الحالات الجديدة ويرى (كاربونيبه) Carbonier[20] وجوب استعمال منهج الهدف الاجتماعي في التفسير وهو ان تفسير القانون يجدد بعنصرين هما : التكوين الحرفي للنص والهدف الاجتماعي الذي ادى إلى تشريعه فالتكوين الحرفي للنص هو العنصر الثابت ، اما العنصر الثاني وهو الهدف الاجتماعي فهو عنصر متحرك لان نفس الهدف يمكن ان يتحقق بوسائل مختلفة حتى بشكل لم يكن المشرع ليفكر فيه وللمفسر الحق بان يتعامل مع القانون حسب الحاجة الاجتماعية في عصره اذ عليه ان يفكر ما هو النص القانوني الذي سيضعه المشرع لو عهد اليه بالتشريع في هذا اليوم ، فنفس النص القانوني يمكن ان يكون له معاني مختلفة طبقاً لزمن تطبيقه .

إذ[21] (أن كل نص تشريعي ينبغي ان يعيش في البيئة التي يطبق فيها ويحيا حياة قومية توثق صلته بما يحيط به من ملابسات وما يخضع له من مقتضيات فينفصل انفصالاً تاماً عن المصدر التاريخي الذي اخذ منه ، ولكل من الفقه والقضاء بل على كل منها عند تطبيق النص وتفسيره ان يعتبر هذا النص قائماً بذاته ، منفصلاً عن مصدره ، فيطبقه أو يفسره تبعاً لما تقتضيه المصلحة ولما يتسع له من حلول تفي بحاجات البلد وتساير مقتضيات العدالة) .

ان تفسير القانون تفسيراً شكلياً فقط على نمط الرياضيات يؤدي ألى فصل الشكل عن المضمون ، وبالتالي عزل القانون عن المجتمع ، اذ يجب هجر هذه الطريقة من التفسير اذ لا يمكن فهم النص القانوني دون فهم الهدف الذي شرع من

---

(٢٠) كاربونيه في شرح القانون المدني ج ١ ص ١٢١ طبعة باريس سنة ١٩٥٥ مشار اليه في حسن الخطيب ـ مقالة في المسائل المتعلقة بالتفسير القضائي ص ٤٢٢ مجلة القضاء س ٣٦ سنة ١٩٨١ .

(٢١) المرحوم السنهوري ـ الوسيط ج ١ ص ٥٦ .

اجله ، ولذلك فان الواقعة الاجتماعية موضوع النص القانوني ، والهدف الذي يرمي اليه انما هو داخل في نطاق النص القانوني عند تفسيره وتطبيقه .

ومن التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز في التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من تشريعه عند التطبيق هي :-

- قررت محكمة التمييز بعدد ٥٤٣/ عمل/ ٨٢ وتاريخ ١٩٨٢/٨/١٢ ، ما يأتي :-

(ان تفسير قانون العمل يكون لصالح العامل ، ان كان النص القانوني غامضاً أو متعارضاً مع نص آخر ، أو كان به خطأ أو نقص فأن الشك يُفسر لصالح العامل ، لان قانون العمل انما شرع لحماية العامل باعتباره الطرف الضعيف الذي تجب حمايته) . .

- وقررت أيضاً (أن تفسير النص القانوني يكون على ضوء الحكمة من التشريع عند تطبيقه عملاً باحكام المادة (٣) من قانون الاثبات ، فلا يجوز الجمود في تفسير النص ، اذ ان من واجب القضاء هو الخضوع الواعي للقانون وتطبيق ارادة المشرع ومقصده من القانون دون التقيد الحرفي بالنصوص) .

- وقررت أيضاً (أن قانون العمل رقم ١٥١ لسنة/ ١٩٧٠ وقانون التقاعد الاجتماعي رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١ يكمل بعضه بعضاً في النصوص القانونية وفي المصطلحات تطبيقاً للفقرتين (ب ، ج) من المادة الأولى من قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال ، وان القواعد التي يسترشد بها القاضي في تفسيره لنصوصه هي ان جميع النصوص الاجتماعية الواردة في قانون العمل وقانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال تعتبر وحدة يكمل بعضها بعضاً لانهما متكاملان) .

ومن التطبيقات القضائية ايضاً لمحكمة التمييز في التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه هو القرار الصادر من الهيئة الموسعة لمحكمة التمييز بعدد ٢٥٧ / هيئة موسعة اولى / ١٩٨٠ وتاريخ ٢٧ / ٢ / ١٩٨٢ حول تطبيق قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١٨٣٧ والمؤرخ في ٢٠ / ١٢ / ١٩٧٩ المتضمن منع المحاكم من سماع دعاوي التخلية الخاصة بالمخابز والافران ، فأقام المدعي دعوى منع معارضة المدعي عليه بالتصرف بالمخبز ولم يرفع دعوى تخلية ، لكي يتفادى تطبيق قرار مجلس قيادة الثورة المذكور بالنظر لاختلاف دعوى التخلية عن دعوى منع المعارضة ولكن محكمة التمييز قررت ما يأتي : (ان قرار مجلس قيادة الثورة المشار اليه قد منع المحاكم من سماع دعاوي التخلية الخاصة بالمخابز والافران ، وجعل نطاق سريانه على دعاوي التخلية المقامة قبل نفاذه عدا الدعاوي التي صدرت فيها احكام بالتخلية واكتسبت الدرجة القطعية قبل نفاذه ، ولما كان العقار موضوع الدعوى (مخبزاً) وان الدعوى المقامة هي دعوى منع معارضة المتسأجر بالانتفاع به ومثل هذه الدعوى وان اختلفت لفظاً عن دعاوي التخلية التي عبر عنها المشرع الا انها تتفق معها مالا لان من مقتضى الحكم في الدعوتين رفع يد الشاغل عن العقار وتعطيل العمل بالمخبز أو الفرن الامر الذي نهى عنه قرار مجلس قيادة الثورة ومنع المحاكم من الخوض فيه) ، وبذلك تكون محكمة التمييز قد اخذت بمبدأ الحكمة من التشريع ولم تأخذ بمجرد الالفاظ أو المصطلح القانوني .

وقد اخذت محكمة التمييز في قرارها المرقم ١٠٤٣ / مدنية اولى / ١٩٨١ والمؤرخ في ١٥ / ٦ / ١٩٨١ بمبدأ تبسيط الشكلية فقالت في قرارها (ان اعتراض المميز على توقيع عريضة الدعوى من قبل الوكيل العام عن المدعي والذي هو ليس محامياً غير وارد لان قانون المحاماة لا يمنع تقديم عريضة الدعوى من غير المحامين وانما يمنع المرافعة عن الخصوم) .

وقرت الهيئة الموسعة بعدد ٣٤٥ / موسعة اولى / ٨١ وتاريخ

٢٧/٣/١٩٨٢ ، ما يأتي : (ان الثابت من اوراق القضية ان المدعية ارملة وهي لا تتقاضى راتباً من الدولة وليس لها مورد مالي تعتاش منه ، وهي أم لسبعة اطفال جميعهم من القاصرين فتكون هي واسرتها مشمولة باحكام قانون الرعاية الاجتماعية رقم ١٢٦ لسنة ١٩٨٠ وتستحق هي واسرتها الحد الادنى لراتب العامل غير الماهر وفقاً لقرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٠٩ والمؤرخ في ١٤/٧/١٩٨٠ ولا يجوز قانوناً حجب الرعاية عنها احتجاجاً بعمل ولدها (ع) احياناً اضطراراً للعيش لان ولدها طالب في الدراسة الابتدائية وهو لم يتم الثامنة عشرة من العمر) .

وقرت الهيئة المدنية الأولى في محكمة التمييز بعدد ٣٣٤/ مدنية اولى/ ١٩٧٩ وتاريخ ٢٥/١١/١٩٨٠ ما يأتي : (ولما كان المميز قد تخلف عن القيام بالوفاء بالتزاماته المحددة بالعقد وبالشروط الواردة فيه مستخدماً سيارته لحساب الغير الامر الذي اصبح ملزماً بالتعويض حسب مسؤولية العقدية لان العقد اداري لانه مبرم مع احدى مؤسسات القطاع الاشتراكي وهي مؤسسة النقل البري ، فالضرر مفترض فيه ، وحيث ان الحد الأعلى للتعويض كما ورد بالفقرة ثانياً من العقد هو الف دينار فليس للمميز عليه مطالبته بما يزيد على ذلك) .

وقررت الهيئة العامة لمحكمة التمييز بقرارها المرقم ٥٥٠/ هيئة عامة/ ١٩٧٨ والمؤرخ في ٢٧/١٠/١٩٧٩ ، ما يأتي : (ان قضاء هذه المحكمة قد استقر على اعتبار شهادة شعبة الهندسة في مديرية سايلو البصرة بمثابة التحفظ على استلام الحنطة وهي كشهادة الموانىء تقوم مقام الكشف المستعجل الذي تجريه المحكمة بموجب المادة ١٣٢ من قانون التجارة البحري ، لان الموظف المختص انما يصدرها بحكم واجبه الرسمي الذي نص عليه النظام الداخلي للمؤسسة العامة للحبوب والمنشآت التابعة لها الصادر بموجب قانون المؤسسة العامة للحبوب رقم ١٦٩ لسنة ١٩٦٩ فهي شهادة رسمية لا تعد من قبيل اصطناع المدعي الدليل لنفسه وتعتبر البيانات الواردة فيها صحيحة ما لم يطعن بها بالتزوير لذا فأن الناقل يسأل عن نقيصة الحنطة بالمقدار المثبت فيها) .

وقررت الهيئة العامة لمحكمة التمييز بعدد ١٨١ / هيئة عامة/ ١٩٧٩ وتاريخ ١٩٧٩/٩/٣٠ ما يأتي : (وجد ان المدعيين بالحق المدني لم يتركوا دعواهم المدنية ولم يتنازلوا عنها لا صراحة ولا دلالة اعتباراً من تاريخ مراجعة (أ) لمركز شرطة المشاهدة وحتى صدور القرار في الدعوى ، بل استمرت هذه المراجعات لقاضي التحقيق بواسطة محاميهم ، وقد اثبت (أ) في اقواله المدونة بصورة تحريرية اثناء جمع الادلة كونه يطلب اتخاذ الاجراءات القانونية واقامة الدعوى ضد السائق مما يعتبر اقامته للدعوى المدنية تبعاً للدعوى الجزائية ، فليس بوسع الشركة المميزة بعد كل هذا التمسك بالتقادم المنصوص عليه في المادة ٩٩٠ من القانون المدني بحجة ان المطالبة بالتعويض وقعت بعد فوات المدة القانونية) .

الفـــرع الثالـــث :

٣٢ ـ دور القاضي في سد الفراغ في القانون :

الفراغ في القانون أو سكوت القانون هو عدم ورود حكم فيه يتناول النزاع المعروض امام القاضي ، وكذلك القصور في القانون وهو عدم تضمن النص القانوني لما تقوم الحاجة اليه من احكام تفصيلية أو جزئية ، فما هو موقف القاضي من ذلك ؟

أن المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية قد نصت (لا يجوز لاية محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه والا عد القاضي ممتنعاً عن احقاق الحق) .

أن على القاضي في الدعاوي المدنية ان يطبق قواعد العدالة عند عدم وجود

النص التشريعي أو عدم وجود العرف أو مبادىء الشريعة الاسلامية عملاً بأحكام المادة الأولى من القانون المدني ، اذ تعتبر قواعد العدالة من المصادر الرسمية للقانون المدني اما في الدعاوي الجزائية فلا اشكال في ذلك لان الفقرة (ب) من المادة ٢١ من الدستور المؤقت الصادر سنة ١٩٧٠ قد نصت (لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون) وكذلك نصت المادة الأولى من قانون العقوبات برقم ١١١ لسنة/ ١٩٦٩ (لا عقاب على فعل أو امتناع الا بناء على قانون ينص على تجريمه وقت اقترافه ولا يجوز توقيع عقوبات أو تدابير احترازية لم ينص عليها القانون) .

ولهذا سيكون البحث منحصراً بالدعاوي المدنية .

ان المادة الأولى من القانون المدني قد اوجبت على القاضي ايجاد الحل العادل للنزاع عن طريق الرجوع إلى قواعد العدالة ، ولهذه القاعدة القانونية مثيلات في المادة الأولى من كل من القانون المدني المصري والقانون المدني السوري والقانون المدني الليبي .

اما في القوانين الاجنبية ، كالقانون المدني السويسري ، والقانون المدني الايطالي ، وقانون الاجراءات المدنية في الاتحاد السوفيتي ، فهي على الوجه الآتي :-

ففي القانون المدني السويسري نصت المادة الأولى منه على ما يأتي : (في حالة عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه ، فأن القاضي يحكم بمقتضى العرف فأن لم يوجد عرف ، فبمقتضى القواعد التي كان سيضعها لو أنه باشر عمل المشرع) . وكذلك نصت المادة (١٢) من قانون اسس الاجراءات المدنية الصادر سنة ١٩٦١ في الاتحاد السوفيتي التي تنص ((. . . . في حالة عدم وجود قانون ينظم العلاقة المتنازع عليها تطبق المحكمة القانون الذي ينظم علاقات مماثلة ، وعند عدم وجود مثل هذا القانون تنطلق المحكمة من المبادىء العامة

للتشريع السوفيتي ومن روح هذا التشريع) (أ ٢٣) ، وكذلك نصت الفقرة (٢) من المادة ١٢ من القانون المدني الايطالي (اذا لم يوجد نص في التشريع ، يرجع القاضي الى النصوص التي تنظم الحالات المشابهة ، فاذا بقيت المسألة مع ذلك غامضة ، فأنه يحكم وفقاً للمبادىء العامة في النظام القانوني في الدولة) .

ويتضح من ذلك ان فكرة الفراغ في القانون معترف بها في التشريعات العربية والاجنبية . . . ومع ذلك فهناك بعض الفقهاء ممن يقولون بكمال التشريع ، وانه لا يوجد فراغ فيه ، وتتلخص اراءهم من انه اذا لم يوجد نص في التشريع فمعنى ذلك الدخول في منطقة الاباحة القانونية ، اي لا يلتزم الانسان بأي عمل ايجابي أو سلبي فالنقص في التشريع هو في حقيقته اباحة ، ويقول الفقيه النمساوي[٢٣](كلسن KELSEN) (ان الموافقةعلى وجود نقص في التشريع تعني السماح للقضاة بأن يحلوا افكارهم الاخلاقية والسياسية محل تلك التي يعتنقها المشرع)، والواقع ان فكرة كمال التشريع قد اصبحت مهجورة من قبل معظم الفقهاء وبنصوص صريحة في القوانين العربية والاجنبية حسبما تقدم .

أما في الفقه الاسلامي : فقد روى عن الرسول ﷺ ، أنه ارسل (معاذ) قاضياً على اليمن فسأله الرسول (ص) كيف تقضي ان عرض لك قضاء ، فقال : اقضي في كتاب الله ، قال فأن لم يكن في كتاب الله ، قال : بسنة رسول الله ، قال فأن لم يكن في سنة رسول الله ، قال : اجتهد رأي ولا آلو ، فضرب صدره ، وقال :الحمد الله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله .[٢٤]

وكذلك جاء في كتاب الملل والنحل لابي الفتح عبد الكريم الشهرستاني ما نصه (وبالجملة نعلم قطعاً ويقيناً ان الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما

---

(٢٣) أ Fundamentales of Soviet Civil Procedure p. 97

(ب ٢٣) Kelscm. Pmrc theory of law. P 331

(٢٤) أدب القاضي للماوردي ج ١ ص ١٢٩

لا يقبل الحصر والعد ، ونعلم قطعاً أيضاً انه لم يرد في كل حادثة نص ، ولا يتصور ذلك أيضاً ، والنصوص اذا كانت متناهية والوقائع غير متناهية ، وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى ، علم قطعاً ان الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد) .[٢٥]

فالتشريع لا يمكن ان يحيط بكل شيء ولا يستطيع المشرع مهما كان بصيراً في التشريع ان يتنبأ بكل مسألة ليضع لها حلاً ، ولهذا لابد للقاضي ان يجتهد للوصول إلى الحكم العادل .

والواقع ان جميع النصوص القانونية العربية والاجنبية التي عالجت مشكلة الفراغ والقصور في التشريع تلزم القاضي بالاجتهاد ، لكيلا يعتبرنا كلا عن القضاء وهي تقتضيه في اجتهاده ان يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتي خاص ، وعلى القاضي في اجتهاده ان يسترشد بالفلسفة القانونية والاجتماعية والاقتصادية في المجتمع .

إنَّ اجتهاد القاضي لا يبنى على مجرد الهوى أو التحكم ولكنه يبني على حسن ادراك المقاصد الكلية للقانون ، فالاجتهاد يجب ان يخدم اهداف القانون ، ويحدد خطوات القاضي نحو حل القضايا العملية اذ يجب ربط الحكم العادل الذي سيصدره عند فقدان النص القانوني بالواقع الحي للمجتمع .

فقد اجتهد القضاء الفرنسي في مسائل كثيرة في القانون المدني الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٤ في تفسير النصوص القانونية واكمال النقص فيها خصوصاً في المسؤولية التقصيرية ، وفي ذلك يقول الفقيه الفرنسي سالي[٢٦] (المجموعة المدنية

---

(٢٥) الملل والنحل للشهرستاني ج ٢ ص ٤٤ .

(٢٦) السنهوري وحشمت ـ أصول القانون ص ١٧٦ .

تطورت فقد ثبتت النصوص على حالها ، ولكن الذي تغير هو محتواها ففي اوعية ظن انها قديمة ، جرى خمر لذيذ ، وقد كفت قوته المتجددة لان تعيد إلى الوعاء نضارة الشباب) .

وقد يلجأ القاضي احياناً إلى القياس وهو اعطاء واقعة مسكوت عنها حكم واقعة اخرى منصوص عليها لاتحاد العلة في الواقعتين ، ومثال ذلك ما قضت به محكمة التمييز بقرارها المرقم ٤٠٢/ مدنية اولى/ ١٩٧٩ والمؤرخ في ١٦/٤/١٩٨٠ ، اذ جاء فيه ما يأتي : (وحيث الذي تراه هذه المحكمة هو ان العقد المبرم بين الطرفين عقد توريد لم ينظم احكامه القانون المدني ولا القانون التجاري ، لذا تطبق عليه احكام عقد البيع) .

وكذلك أخذت المحكمة بمبدأ القياس في القرار التمييزي المرقم ٥٦٥/ هيئة عامة/ ١٩٧٩ ، والمؤرخ في ٤/٤/١٩٨١ ، والذي جاء فيه (ترى هذه الهيئة بأن التعويض العادل في هذه الدعوى يقتضي احتسابه بالقياس على ما جاء في الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من قرار مجلس قيادة الثورة رقم ٧٢/٦٣٦ الخاص باستبدال العرصات الوقفية المؤجرة بالاجارة الطويلة) .

ان العملية القضائية ليست مجرد تطبيق حرفي لنصوص القانون ، بل أنه ايضاً قضاء انشائي يبتدع الحلول العادلة لحسم النزاع ، وهذا يقتضي من القاضي ان يبذل مجهوداً شاقاً مضنياً في البحث والتأصيل والملاءمة بين المصالح المتضاربة للخصوم في الدعوى . (٢٧)

ان الجانب الانشائي في العملية القضائية لا يمكن ان تكون عملية شكلية بل هو توفيق أيضاً بين مجموعة من القيم الانسانية ومصالح الخصوم ، فلابد للقاضي من الاجتهاد عند وجود الفراغ في القانون .

---

(٢٧) راجع حسن علي الذنون في دور القضاء في تطوير القانون في كتابه (فلسفة القانون) ص ٢٥٤ بند ٢٤١ .

ومن التطبيقات القضائية حول تطبيق قواعد العدالة قرار محكمة التمييز المرقم ٣٤٤/ مدنية اولى/ ١٩٧٩ ، والمؤرخ في ١٩٨٠/١١/٢٢ ، والذي جاء فيه (أن قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ٢١١ والمنشور في الجريدة الرسمية في ١٩٧٨/٢/٢٠ قد رفع الخصومة بين الطرفين وقد سقط حق المدعي في الشفعة بحكم القانون لانه لم يكن شريكاً في العقار ، المشفوع ، وقد عاد الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل اقامة الدعوى ، ولم يكسب أو يخسر احد من الطرفين أي حق في الدعوى ، وقد انتفى بذلك السبب الذي تركن اليه المحكمة بالحكم بالمصاريف وحيث ان هذه المحكمة تجد ان التعليل الذي اوردته محكمة الاستئناف هو تطبيق سليم لاحكام القانون ، وحيث ان المادة (٦٣) من قانون المحاماة المعدل قد نصت عل ان تحكم المحكمة على من خسر الدعوى كلاً أو جزءاً باتعاب المحاماة ، وحيث ان رد الدعوى كان بسبب القرار المشار اليه الصادر بعد اقامة الدعوى وحيث انه لا يوجد نص تشريعي يشير إلى المصاريف في امثال هذه الحالات ، وحيث أنه بالرجوع إلى المادة الأولى من القانون المدني تجد هذه المحكمة انها عند عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه يجب الحكم بمقتضى العرف ثم مبادىء الشريعة الاسلامية فقواعد العدالة ، وحيث ان العدالة تقضي في حالة اعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل اقامة الدعوى بسبب نص تشريعي صادر بعد اقامة الدعوى يجب ان يتحمل كل طرف المصاريف التي صرفها واتعاب محاميه) ، ان تطوير القانون من قبل القاضي يكون في الملاءمة بين مضمون القاعدة القانونية وبين التطورات الاجتماعية التي تواجهه ، وقد اسماها الفقه (سلطة تجديد الشباب) وتجديد شباب القاعدة القانونية يعني احياءها حتى تتلائم مع مقتضيات العصر ، ذلك ان شيخوخة القانون تؤدي إلى عزل القانون عن المجتمع .

وقد يقوم القاضي بدور انشائي عند تفسيره النص القانوني ومثال ذلك قرار

محكمة التمييز المرقم ٤٩٥/ هيئة عامة/ ١٩٧٨ والمؤرخ في ١٩/٥/١٩٧٩ ، اذ جاء فيه (وحيث ان الذي تراه الهيئة العامة هو ان ما قررته المادة ٨٧٨ مدني هو تطبيق في عقد المقاولة لنظرية الظروف الطارئة التي تقرر مبدؤها في المادة ٢/١٤٦ مدني ، فشروط تطبيق الظروف الطارئة في عقد المقاولة هي نفس شروط تطبيقها في مبدأها العام وهذه الشروط هي :-

أولاً : ان يكون العقد متراخياً .

ثانياً : ان تطرأ بعد ابرام العقد حوادث استثنائية عامة يكون من شأنها ان ترتفع اسعار المواد الانشائية أو اجور العمال أو تزيد تكاليف العمل .

ثالثاً : ان تكون هذه الحوادث الاستثنائية ليس في الوسع توقعها .

رابعاً : ان تجعل هذه الحوادث تنفيذ المقاول لالتزامه مرهقاً .

ولما كان مفهوم الشرط الأول هو ان تفصل فترة من الزمن بين ابرام عقد المقاولة وتنفيذه وينبني على هذا ان انطباق نظرية الظروف الطارئة يمتنع اذا كان المقاول قد نفذ التزامه لان النظرية ترد على التزام لم يتم تنفيذه ، فيستند اليها المقاول لرفع الارهاق الذي يحل به من جراء الحادث الطارىء ، وتنفيذ المقاول التزامه خير دليل على ان ما ترتب على الحادث الطارىء من ارتفاع الاسعار لم يكن مرهقاً لما كان ذلك وكان عقد المقاولة المبرم بين الطرفين فقد تم تنفيذه فليس للمميز عليه ان يستند إلى احكام المادة ٨٧٨ مدني للمطالبة بتعويضه . .) .

ان العدالة هي الغاية التي يجب على القاضي ان يضعها نصب عينيه ، ويجعلها هدفه في عمله القضائي ، وصوت العدالة ينادي القاضي في جميع اجراءاته واحكامه فلا تقر له عين الا اذا حقق العدالة في احكامه القضائية .

فما هو العدل ؟

العدل ـ لغة ـ هو ضد الظلم ، وهو ما قام في النفوس انه مستقيم وهو الحكم بالحق ، والعدل أيضاً الانصاف وهو اعطاء المرء ما له واخذ ما عليه .

والظلم ، هو وضع الشيء في غير موضعه وهو الجور أيضاً فهو نقيض العدل وليس في اللغات الاجنبية كلمة خاصة للظلم وانما يعبرون عنها بنفي العدل Injustice ولا يختلف الوضع من الناحية الفقهية فأن العدل هو اعطاء كل ذي حق حقه ، ومنع كل مبطل من الوصول إلى باطله .

فالعدل هو روح وجوهر القانون ، لان القانون يحقق الروابط العادلة بين الناس ، فهو جزء لا يتجزأ من الحضارة الانسانية فأذا تجرد القانون من العدالة اضحى عقيماً ، فالقانون بلا عدالة هو جسد بلا روح ، اذ يجب ان يكون القانون هو الحد الفاصل بين ما هو عدل وما هو ظلم ، وكل محاولة للفصل بين القانون والعدالة ، انما ينذر بقيام نظم قانونية ظالمة ، وعلى القاضي تطويع النص القانوني المخالف للعدالة عن طريق تفسيره ما استطاع إلى ذلك سبيلاً ، وبذلك يكون القاضي قد ارضى ضميره ، لان واجب القاضي هو الخضوع الواعي للقانون ، وليس الخضوع الاعمى ، اذ يجب تطبيق القانون تطبيقاً سليماً واعياً ، وليس تطبيقاً شكلياً يؤدي ظاهره إلى عدالة شكلية وباطنه إلى احكام ظالمة ، وان على القاضي في جميع الاحوال مراعاة العدالة في احكامه مهما كانت النصوص القانونية وان لا عذر للقاضي في اصدار احكام ظالمة بحجة ان القانون يفرض عليه ذلك .[٢٨] اذ يجب تفسير القانون تفسيراً متطوراً عادلاً مع مراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه عملاً باحكام المادة الثانية من قانون الاثبات ، لان القضاة انما وجدوا لاقامة العدل بين المواطنين لان القضاء هو اعطاء حل لمشكلة انسانية تكون الكلمة الاخيرة فيها

---

(٢٨) Dennming, The Road to Justice, P.5

للقاضي وصدق الله العظيم (واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل) (واذا قلتم فأعدلوا) .

الفـــرع الرابـــع :

٣٣ ـ دور المحامي في الدعوى :

يقوم المحامي بالدفاع عن حقوق موكله امام القضاء ويقدم له الاستشارات القانونية ، ان على المحامي ان يعرض على القاضي وقائع الدعوى ، عرضاً واضحاً موجزاً يقدم مستنداتها ووثائقها بعد دراسته للدعوى دراسة عميقة ، وان يقدم مذكرات فيها في موعدها المقرر ، وعليه ان يكون صادقاً في عرضه لوقائع الدعوى بكل امانة واستقامة ، وان يحضر امام القاضي في اليوم المعين للمرافعة ، وان لا يحاول تأجيل الدعوى لاسباب تافهة ، لان المحامي هو عون للقاضي للوصول إلى الحكم العادل طبقاً لاحكام القانون في الدعوى المنظورة .

وعلى المحامي ان يسلك الطريق الذي يتفق مع مبادىء الشرف والاستقامة لانه يقوم بخدمة العدالة ، وان لا يحاول تضليل القضاء بتقديم وقائع أو معلومات خاطئة اذ ان هذا يتنافى مع كرامة المحاماة .

وعلى المحامي ان يستهدف من مرافعته اظهار حق موكله دون التعدي على حقوق خصمه ،[٢٩] أو عرقلة الفصل في الدعوى ، وعليه ان يسلك تجاه القضاء مسلكاً محترماً يتفق وكرامة القضاء ، وان يتجنب كل ما يؤخر حسم الدعوى وان يتحاشى كل ما يخل بسير العدالة (مادة ٥٠ من قانون المحاماة) ، وعلى المحامي ان يلتزم في معاملة زملائه بما تقضي به قواعد اللياقة وتقاليد المحاماة وآدابها (مادة

---

(٢٩) المحامي محمد شوكت التوني ـ المحاماة فن رفيع ص ١٨١ .

٥١ من قانون المحاماة) . وعلى القاضي ان ييسر عمل المحامي في حدود القانون وقد نصت المادة ٢٦ من قانون المحاماة (يجب ان ينال المحامي من المحاكم التي يمارس مهنته امامها الرعاية والاهتمام اللائقين بكرامة المحاماة وان تقدم له التسهيلات التي يقتضيها القيام بواجبه ، ولا يجوز ان تهمل طلباته بدون مسوغ قانوني) .

ومن حق المحامي ان يسمعه القاضي ، ولكن ليس من حقه ، ان يطيل في مرافعته في غير طائل ، وليس من حقه ان يترافع للدعاية لنفسه أو لموكله ، وعلى المحامي ان لا يسرف في المرافعة الشفوية بل عليه ان يقدم مذكرات تحريرية في موضوع الدعوى مشفوعة باحكام القضاء ، وآراء الفقهاء ، وان لا يطلب تأجيل الدعوى الا لسبب مشروع ولا يجوز التأجيل اكثر من مرة للسبب ذاته الا اذا رأت المحكمة ما يقتضي ذلك لحسن سير العدالة ، وان لا يطلب تأجيل الدعوى للسبب المشروع اكثر من عشرين يوماً الا اذا اقتضت الضرورة ذلك (مادة ٦٢/ ٢ و ٣ مرافعات مدنية) وقد قررت الهيئة الموسعة في محكمة التمييز بقرارها المرقم ١٧٩/ هيئة موسعة اولى/ ١٩٨٠ وتاريخ ١٩٨١/١٠/٣١ ما يأتي : (لقد استمهل المحامي ستة مرات ، متتالية لابراز المستندات دون ان يراجع موكله بشأنها خلال فترات التأجيل ثم تغيب عن الحضور ، فقررت المحكمة ترك الدعوى للمراجعة ، فكان على المحكمة ان تقوم بنفسها بالتحقيق عن هذه التأجيلات واسبابها في ضوء المادة ٢/٦٢ من قانون المرافعات المدنية التي تنص على عدم جواز التأجيل اكثر من مرة للسبب ذاته الا اذا رأت المحكمة ما يقتضي ذلك لحسن سير العدالة ، فهذا النص القانوني والتقيد الذي ورد فيه بشأن التأجيل يلزم طالب التأجيل ان يبين سبباً مشروعاً لطلبه ، وعلى المحكمة في حالة استجابتها ان تعلل سببه ، اما التأجيل االاعتباطي وبدون سبب فأنه يجعل المحامي مقصراً في دعواه . .) .

وللمحامي الوكيل ان يعتزل الوكالة بشرط ان يبلغ موكله هذا الاعتزال ولا

يجوز له ذلك في وقت غير لائق ويعود تقدير ذلك للمحكمة (مادة ٥٣ / ١ مرافعات مدنية) ومعنى عبارة (وقت غير لائق) هو الوقت الذي لا يستطيع الموكل تأمين مصالحة ويعود ذلك إلى سلطة المحكمة التقديرية .

وعلى المحكمة ان تقوم بتحديد نقاط النزاع الواقعية والقانونية بينه وبين خصمه الواجب حلها من قبل القاضي ، وان ينظم دفوعه وفقاً لاحكام قانون المرافعات المدنية وأصول المحاكمات الجزائية وبشكل متجانس ومنطقي ، ولا يتم ذلك الا اذا وضع خطة مبدئية منطقية في ادعاءه أو دفعه بعد هضمه لوقائع الدعوى والنصوص القانونية التي تحكمها وعلى المحامي ان يجذب انتباه القاضي إلى مرافعته وأن يقنعه بحق موكله .

واذا وقع المحامي في تناقض فعليه ان يوفق بين اقواله المتناقضة ما استطاع إلى ذلك سبيلاً .

وعلى المحامي ان يعلم ان لدى القاضي دعاوي كثيرة وان زملاءه ينتظرون دورهم ، فعليه بالايجاز في مرافعته وعند ما ينطق القاضي بالحكم بخسرانه الدعوى فعليه ان يتقبل ذلك بقبول حسن ثم يقدم طعناً بالحكم لدى المحكمة المختصة دون ان يحمل حقداً على القاضي ، فاذا صدق الحكم تمييزاً فعليه ان يثق باحكام القضاء المكتسبة درجة البتات لانها الحقيقة القضائية كما رأها القضاء على مختلف درجاته لان من اول واجبات المحامي ان يثق باحكام القضاء بعد اكتسابها درجة البتات .

الفصل الخامس

اصدار الاحكام



اصـــــدار الاحـــكام

تمهيد وتعريف : الفرع الأول :

٣٤ ـ معنـــى الحكـــم :

تنقضي المنازعة بين اطراف الدعوى بالحكم القضائي الذي تصدره المحكمة بعد ختام المرافعة فيها فما هو الحكم القضائي ؟

الحكم القضائي ـ في القانون العراقي ـ هو القرار القطعي الحاسم للدعوى الصادر من محكمة مشكلة تشكيلاً قانونياً في منازعة مطروحة عليها وفقاً لقانون المرافعات المدنية .

٣٥ ـ معنى الحكم في الفقه الاسلامي :

الحكم في اصطلاح الفقهاء هو فصل الخصومات وقطع المنازعات[١] على وجه مخصوص ، وعرفه بعض الفقهاء ، بأنه قول ملزم يصدر عن ولاية عامة وقال ابن رشد حقيقة القضاء هو الاخبار عن حكم شرعي على سبيل الالـزام ، وفي الاجراءات الشرعية يطلق الحكم على بت القاضي في النزاع القائم بين متخاصمين طبقاً للقواعد الشرعية .

معنى الحكم في القانون الايطالي :[٢]

لقد نظم قانون المرافعات المدنية الايطالي الحالات التي يصدر فيها القاضي

---

(١) شرح أدب القاضي للخصاف ج ١ ص ١٢٦ تحقيق هلال محي السرحان .

(٢) وجدي راغب ـ النظرية العامة للعمل القضائي ص ٦٧٠ و ص ٦٧١ وكتاب Civil Procedure in Italy, by Cappelletti & Perillo p. 79 .

حكماً أو قراراً أو امراً (مادة ۱۳۱ مرافعات ايطالي) فيصدر القاضي حكماً في الدعوى عند الفصل في دعوى قضائية .

فالحكم في الفقه الايطالي هو القرار القطعي الصادر من المحكمة في دعوى قضائية والتي تفصل في مسألة اجرائية أو موضوعية كالولاية ، أو الاختصاص أو قبول الدعوى أو التي تفصل في الموضوع سواء أكانت احكاماً تنتهي بها الدعوى أو غير منهية لها ، ويصدر دائماً من المحكمة بالشكل القانوني للاحكام .

أما القرار فيصدر باجراءات الاثبات أو بسير الاجراءات خلال نظر الدعوى من قبل المحكمة ، وكذلك القرارات الوقتية .

أما الاوامر فتصدر بلا خصومة ، كتعيين قاض من قبل هيئة المحكمة لسماع الشهادات أو تحديد جلسة للمرافعة ، وكذلك الاوامر الولائية .

وهكذا فان الحكم هو العمل القضائي بالمعنى الدقيق ، فهو العمل النهائي في الدعوى الذي يضع فيه القاضي رأيه .

٣٧ ــ معنى الحكم في القانون الفرنسي :-

يطلق اصطلاح الحكم (Jugement) في قانون المرافعات الفرنسي على احكام محكمة البداءة والمحكمة التجارية ويطلق على قرارات محكمة التمييز ومحاكم الاستئناف مصطلح (Arrêt) وعلى قرارات القضاء المستعجل والقضاء الولائي مصطلح (Ordannance) وعلى احكام قضاة الصلح وقرارات المحكمين مصطلح (Sentence) . ويعرف الفقهاء الفرنسيون الحكم بأنه القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً في نزاع يخضع لولايتها صادراً في دعوى بين اطراف

النزاع .[٣]

٣٨ ـ معنى الحكم في قوانين البلاد العربية :

في القانون المصري يعرف الحكم بمعناه الخاص هو القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً في خصومة رفعت اليها وفق قواعد المرافعات سواء أكان صادراً في موضوع الدعوى أو في شق منه أو في مسألة متفرعة عنه .

وذهب رأي آخر إلى ان الاحكام القضائية هي القرارات الصادرة من جهات قضائية للفصل في المنزعات وفقاً لاجراءات وضانات معينة ، وهذا التعريف ينطوي على عنصرين :

عنصر موضوعي : هو ان الحكم قرار صادر في منازعة بين خصمين أو اكثر .

عنصر شكلي : هو انه يجب مراعاة اوضاع واجراءات معينة عند اصدار الاحكام .

وذهب رأي ثالث ان الحكم هو القرار الذي تصدره المحكمة في خصومة بالشكل الذي يحدده القانون للاحكام سواء في نهايتها أو اثناء سيرها أو سواء كان صادراً في موضوع الخصومة أو في مسألة اجرائية .[٤]

٣٩ ـ وفي القانون الكويتي :

يطلق القانون الكويتي اصطلاح (الحكم) بصفة عامة على كل اعلان لفكر القاضي في استعماله لسلطته القضائية ، وذلك اياً كانت المحكمة التي اصدرت

---

(٣) Herzong, Weser, Civil Procedure in France p. 413

(٤) احمد أبو الوفا ـ المرافعات المدنية والتجارية ط ١٢ ص ٦٣١ وعبدالباسط جميعي مبادىء المرافعات ص ٣٨٨ .

الحكم واياً كان مضمونه ، أما ما يكون استعمالاً لسلطة القاضي الولائية فان القانون الكويتي يطلق عليه عادة اصطلاح (امر) .[5]

٤٠ ـ وفي القانون المغربي :

فأن الاحكام بالمعنى الواسع هي القرارات الصادرة من المحاكم ، والحكم بمعناه الخاص هو القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً ومختصة طبقاً للقانون في خصومة رفعت اليها وفق قواعد المسطرة المدنية (المرافعات) سواء اكان صادراً في موضوع الخصومة أو في شق منه أو في مسألة متفرعة عنه .[6]

٤١ ـ وفي القانون اللبناني :

يطلق الحكم على كل قرار صادر عن هيئة قضائية في دعوى رفعت اليها طبقاً لقواعد اصول المحاكمات فهو يتميز اذن بعنصرين :

بكونه صادراً عن سلطة قضائية مكونة وفقاً لاحكام القانون .

بكونه صادراً في منازعات تكونت بين خصوم وطبقاً للقواعد المقررة للفصل فيها .

وذهب رأي آخر بأن الحكم بمعناه الخاص هو القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً في خصومة رفعت اليها وفق قواعد المرافعات ، سواء أكان صادراً في موضوع الخصومة أو في جزء منه أو في مسألة متفرعة عنه .[7]

٤٢ ـ معنى الحكم في القانون العراقي :

هو القرار القطعي الحاسم للدعوى الصادر من محكمة مشكلة تشكيلاً قانونياً

(٥) فتحي والي ـ قانون القضاء المدني الكويتي ص ٣٥٨ .
(٦) مأمون الكزبري وأدريس العلوي العبدلاوي ـ شرح المسطرة المدنية ج ١ ص ١٨ .
(٧) أحمد أبو الوفا ـ أصول المحاكمات اللبناني ص ٦١٣ .

في منازعة مطروحة عليها ، وفقاً لقانون المرافعات المدنية ، فالاصل في الحكم القضائي ان يكون فاصلاً في الخصومة بحيث تنتهي به الدعوى أما القرار فيتخذه القاضي قبل الفصل في الدعوى ، ويكون الغرض منه اتخاذ عمل من الاعمال القضائية تمهيداً للفصل في الدعوى اذ قد اطلق القانون العراقي مصطلح (الحكم) على القرار الحاسم الذي تنتهي به الدعوى ، اما مصطلح (القرار) فهو الاجراء الذي تتخذه المحكمة قبل الفصل في النزاع ، اذ للمحكمة ان تصدر قبل الفصل في النزاع ما تقتضيه الدعوى من قرارات ، ولها ان تعدل عن هذه القرارات أو ان لا تأخذ بنتيجة الاجراء بشرط أن تبين اسباب ذلك في المحضر (مادة ١٥٥ مرافعات عراقي) .[٨]

ان مصطلح (القرار) في القانون العراقي هو اكثر شمولاً من الحكم اذ أن القرار القطعي هو الحكم الذي تنتهي به الدعوى ، ويطلق مصطلح (القرار) على الاجراء الذي تتخذه المحكمة في القضاء المستعجل، كالقرار الذي تصدره المحكمة في منع المدعى عليه من السفر (مادة ١٤٢ مرافعات عراقي) ، وغير ذلك من القرارات التي يتخذها القضاء المستعجل .

اما مصطلح (الامر) ، فيطلق على الاجراء الذي يتخذه القاضي في الاوامر التي تصدر على عريضة احد الخصوم (القضاء الولائي) (مادة ١٥١ وما بعدها مرافعات عراقي) ولكن عند التظلم من الأمر الولائي ، فإنْ ما يتخذه القاضي من اجراء بتأييد الامر الولائي أو الغائه أو تعديله فيطلق عليه مصطلح (القرار) (مادة ٣/١٥٣ مرافعات عراقي) ، فالقاضي في القانون العراقي يحكم ويقرر ويأمر ونرى ان مصطلحات القانون العراقي هي اكثر دقة من القانون المصري وغيرها من القوانين العربية التي تطلق مصطلح (الحكم) على كل قرار تصدره المحكمة في

(٨) سعدون القشطيني ـ شرح أحكام المرافعات ج ١ ص ٣٠٠ ومؤلفنا الوجيز في شرح المرافعات المدنية ص ٢٦٢ وما بعدها .

موضوع الدعوى أو في شق منه أو في مسألة متفرعة عنه .

الفـــرع الثانـــي :

٤٣ ـ كيفية دراسة الدعوى :

يصدر القاضي حكمه في الدعوى بعد ختام المرافعة فيها ، وعليه أن يعيد دراسة الدعوى ومحاضرها ومذكرات الخصوم مرة أو أكثر حسبما تقتضيه طبيعتها للتأكد من انها قد استوفت جميع اجراءاتها القانونية قبل ختام المرافعة فيها ولكن كيف تدرس الدعوى ؟

على القاضي ان يقرأ بنفسه عريضة الدعوى ومحاضرها ومستنداتها والمذكرات المتبادلة بين الخصوم قراءة منظمة مركزة بتفكير وتأمل وتجرد من اهواء النفس أو من التحيز لاحد الخصوم لكي يتفهم وقائعها ويهضمها هضماً قضائياً ، وان ، يكون لدى القاضي دفتر يسجل فيها الوقائع ذات الاهمية ، ونقاط النزاع الواقعية والقانونية المختلف عليها بين الخصوم ويضع تحت كل جملة هامة من الدعوى خطأ ، واذا عرض للقاضي فكرة ، فعليه ان يسجلها في دفتره الخاص خشية ان ينساها .

أن قراءة الدعوى قراءة عميقة مركزة عمل شاق ، لان الخصوم يخفون بعض وقائع الدعوى التي ليست في صالحهم ، وقد تتضارب اقوالهم لان كل خصم يختار من الوقائع ما هو في صالحه ويخفي الباقي عن القاضي ، اما الشهود الصادقون في شهاداتهم ولا أقول شهود الزور ، بل اقول ان الشهود الصادقين في شهاداتهم فأنهم يشهدون على ما يتذكرون انهم شاهدوه ، وليس كما حدث فعلاً ، وقد يخطئون في تذكر ما شاهدوه ، ولهذا فلا تؤخذ اقوالهم كما هي وانما على القاضي ان يقدرها حق قدرها وينقدها نقداً بريئاً ، لان الشهادة موضوع شائك بالنظر لتباين انواع الشهود

من حيث السن والصحة والعقل والوسط الاجتماعي والثقافة ، كما ان الشاهد يتأثر بعوامل نفسية لا حصر لها ، منها المصلحة والعاطفة ، مما قد تخفي بعض العوامل النفسية ، حتى على الشاهد نفسه ، وقد يلبس شهادته ثوب الحقيقة في حين أنه خاضع لمؤثرات منها ايحاء الجماعة وخداع الحواس والوهم الذهني ، والتخيل والامراض النفسية المستترة ، وهذه المؤثرات توحي اليه بتصور غير حقيقي عند ادائه الشهادة .

ولشهادات الشهود اهمية كبيرة في الدعاوي الجزائية ، أما في الدعاوي المدنية فأن شهادات الشهود تسمع في حالات معينة في قانون الاثبات ، ولكن من اهمها جواز الاثبات بالشهادة في الوقائع المادية عملاً باحكام المادة ٧٦ من قانون الاثبات ولهذا فأن من اهم واجبات القاضي عند دراسته للدعوى التأمل في شهادات الشهود ووزنها وتقدير قيمتها ان على القاضي ان يقرأ ثم يفكر ثم يحكم ، وكل ذلك يحتاج إلى ان يكون القاضي ذا فكر صاف لا يشوبه كدر أو اضطراب ، وان يكون هادىء الاعصاب وغير مرهق بزخم العمل لكي يكون بوضع نفسي يؤهله لاصدار الحكم .

ان على القاضي ان يقرأ كل حرف في اوراق الدعوى ، وان يطلع بنفسه على اضبارة الدعوى ، وان لا يعتمد على قراءة زميله أو تلخيص كاتبه ، فيقرأ بنفسه عريضة الدعوى وماذا أجاب الخصم ومذكرات اطراف الدعوى ، ومستنداتهم ، وما هي طلبات الخصوم الاصلية والاضافية ، وما هي ادلة الاثبات ، وما هو سند كل منهم فيما ادعاه ، وما هو دفع الخصم لكي يستوعب وقائع الدعوى . وعلى القاضي ان يستوعب مرافعة المحامي الشفوية ومذكراته التحريرية ، فالقاضي الانكليزي يعتمد اساساً على المرافعة الشفوية ، بينما القاضي الفرنسي يهتم بالدرجة الأولى على المذكرات التحريرية ، ويقول في ذلك هامسون Hamson (القاضي الانكليزي يكون اقتناعه اساساً بما يسمعه بالجلسات ، بينما يستند

القاضي الفرنسي بما يقضي به على الأوراق بصفة خاصة ، وقد عبر البعض عن ذلك تعبيرا طريفاً فقال ان القاضي الانكليزي لا يقرأ حتى لو كان متعلماً بينما يجد القاضي الفرنسي صعوبة في السماع ولو لم يكن ثقيل السمع) .[9]

وبعد ان يهضم القاضي وقائع الدعوى وادلة الاثبات فيها ، عليه ان يدرس النصوص القانونية الواجبة التطبيق ، واحكام القضاء واقوال الشراح فيها وعليه ان لا يعتمد على ذاكرته في حفظ النصوص القانونية ، بل عليه ان يرجع إلى نصوص القانون وان خير وسيلة لدراسة الدعوى دراسة عميقة هو في الدار وليس في المحكمة .

الفـــرع الثالـــث :

٤٤ ـ المداولـة فـي الحكـم :

المداولة : هي المشاورة في الحكم بين قضاة المحكمة في منطوق الحكم واسبابه بعد ختام المرافعة في الدعوى ، وقبل النطق به .[10]

وتحصل المداولة عندما تكون المحكمة مؤلفة من هيئة كمحكمة التمييز أو محكمة الاستئناف أو محكمة الجنايات ، اما اذا كانت المحكمة مؤلفة من قاضي فرد كالمحكمة الادارية أو محكمة البداءة أو محكمة الجنح أو محكمة الأحوال الشخصية فليس ثمة مداولة ، وانما يفكر ويتأمل القاضي في الدعوي ثم يصدر حكمه فيها .

أن الهدف من المداولة بين قضاة المحكمة بكامل هيئتها هي ان يكون الحكم

---

(٩) هشام علي صادق ـ مركز القانون الاجنبي امام القاضي الوطني ص ٢٨٨ وقد أشار إلى بحث (هامسن) المنشور في مجلة القانون المقارن باللغة الفرنسية عن المرافعات المدنية في فرنسا وانكلترا ص ٨٢ سنة ١٩٥٠ .

(١٠) أحمد أبو الوفا ـ نظرية الاحكام الطبعة الرابعة ص ٧٥٢ .

حصيلة نقاش بعد عرض كل قاض رأيه ، لكي يكون الحكم نتيجة بحث جماعي ، فرأي الجماعة خير من رأي الفرد ، والمشاورة اقرب إلى تحقيق الرأي الصحيح من التفرد بالرأي لان مواجهة افكار القضاة بعضهم مع البعض الآخر ، وعرض وجهات نظرهم بعد دراسة وقائع الدعوى وعناصرها والنص القانوني الواجب التطبيق يؤدي إلى الوصول إلى حقيقة النزاع .

فاذا حدث خلاف بينهم ، فأنهم يناقشون نقاط الخلاف ، لان الحقيقة هي بنت البحث الهادىء والجدل الكريم .

وتكون المداولة بين القضاة سرية ، وذلك لضمان حرية القضاة واستقلالهم في ابداء ارائهم ، ولا يجوز ان يشترك في المداولة الا قضاة هيئة المحكمة وهم الذين اشتركوا في المرافعة ، فاذا تبدل بعضهم بعد ختام المرافعة في الدعوى وقبل صدور الحكم ، كأن ينقل القاضي أو يحال على التقاعد ، فيجب فتح المرافعة مجدداً ، وبعد تلاوة محاضر المرافعات ، ويصادق عليها اطراف الدعوى أو وكلاؤهم ، تقرر المحكمة ختام المرافعة ثانية ، ثم تجري المداولة بين قضاة الهيئة ، ثم تصدر المحكمة حكمها في الدعوى ، اما في ذات اليوم أو تحدد موعداً للنطق به لا يتجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ تفهيم ختام المرافعة (مادة ١٥٦ و ٢/١٥٧ مرافعات مدنية) .

وتتوقف نجاح المداولة إلى حد كبير على رئيس الهيئة اذ يجب ان يكون ارحب صدراً ، واوسع افقاً وأهدأ نفساً ، من زملائه القضاة ، وان يكون حازماً في رقة ساحراً في حديثه ، وعلى قدر كبير من الدفء ، وذا قدرة على بث روح الزمالة بين القضاة ، وأن تكون وسيلته الاقناع لا الاخضاع .

ويبدأ رئيس الهيئة أو من يختاره من القضاة بتلخيص وقائع الدعوى ، بعد أن يحدد نقاط النزاع بين اطراف الدعوى سواء أكانت تلك النقاط متصلة بوقائع مادية

أم بمسائل قانونية ، والمسائل المتفق عليها بين الخصوم ، ثم يسأل رئيس الهيئة ، عن من يرغب بالمناقشة من القضاة ويعطي الكلام حسب اسبقية الطلب ، ولا يجوز مقاطعة المتكلم ، ولا يبدأ المتكلم الثاني بالكلام حتى ينتهي المتكلم الأول ويأذن له الرئيس اذ ان للمناقشة اسلوباً منظماً لا يجوز التهاون فيه ، والا انقلبت المناقشة إلى مهاترة ، فالاختلاف بين القضاة ، يجب ان يكون خلافاً قوامه الود ، واختلافاً غايته الاتفاق ، فاذا كان لاحد القضاة رأي مخالف لما ابداه زميله ، فعليه ان يتحلى بفروسية القضاء ، فيحي المخالف من خالفه قبل ان يناقش رأيه ، ولا يجوز له ان يظن به الظنون .

وعلى كل قاض من قضاة الهيئة ان يوجه كلامه ومناقشته لرئيس الهيئة ، ولا يوجهه للقاضي الذي يناقش رأيه ، فذلك ادعى إلى الهدوء وانتظام المداولة .

فالنقد النزيه والمناقشة البريئة والتحري المنصف هي التي يجب ان تسود المداولة ، وعلى القاضي المناقش ان يتجنب ابداء الرأي في اعصاب متوترة ، ونفس مهزوزة ، يشفي غليله بعبارات حاقدة ، من هجو القول ، أو بذاءة الكلام ، بل يجب ان يكون مؤدباً ، واضحاً ، متزناً ، لا يمس حقوق الزمالة ولا يجور على الحقيقة لان المناقشة الهادئة المنظمة هي التي تؤدي إلى اثراء المعرفة الانسانية والوصول إلى حقيقية النزاع بما يكفل التطبيق السليم لاحكام القانون .

وبعد أن تنتهي هيئة المحكمة من المداولة ، ولم يبق كلام لاي قاض من قضاة الهيئة ، يقوم رئيس المحكمة باجراء التصويت بأخذ اراء القضاة ، مبتدئاً برأي القاضي الأقل صنفاً ثم من هو أقدم منه وهكذا ، ويبدي رئيس الهيئة رأيه اخيراً ، ويدلي كل قاضي برأيه في الحكم بكل صراحة واستقلال ، دون ان يتعرض لضغط الرئيس أو غيره من زملائه ، والغاية من ذلك هو ابعاد التأثير الادبي عليه من الرئيس أو من زملائه الذين هم اقدم منه ، فاذا اتفقت الآراء فيصدر الحكم بالاتفاق واذا تعذر الاتفاق ، وتوفرت الاكثرية فيصدر الحكم برأي الاكثرية وبدون

القاضي المخالف رأيه واسباب مخالفته (مادة ١٦٠ /٢ مرافعات مدنيـة) اما اذا تشعبت الاراء ولم تتوفر الاكثرية بل ان كل قاض يقول برأي ، ويكون ذلك اكثر ما يكون في الهيئة التي تتشكل من ثلاثة كمحكمة الاستئناف ، فعلى القاضي الاقل صنفاً ان ينضم إلى رأي زميله القاضي الاقدم منه أو إلى رأي رئيس الهيئة ثم يبدأ الرئيس بجمع الاصوات مجدداً لكي تتوفر الاكثرية ، ويصدر الحكم برأي الاكثرية (مادة ١٥٨ / مرافعات مدنية) .

الفـــرع الرابـــع :

٤٥ ـ صياغـــة الحكـــم :

صياغة الحكم : هي القالب الذي يصاغ فيه الحكم القضائي ، لكي يصبح قابلاً للتنفيذ فالصياغة اذن هي الشكل والمضمون للحكم .

فالشكل في الحكم هو العنصر الاساسي الذي يميز الحكم عن القرارات الأخرى التي يصدرها القاضي اثناء سير المرافعة ، والحكم يجب ان يكون مكتوباً اذ لا عبرة بحكم شفهي لم يكتب وبعد النطق بالحكم ينظم (اعلام) وهو مصطلح عراقي لا وجود له في القوانين العربية والاجنبية ، وهو الصك القضائي المتضمن فصل الخصومة بين اطراف الدعوى بصدور الحكم فيها ، وهو حجة المحكوم له على المحكوم عليه ، اما في القوانين العـربية والاجنبيـة فيطلق عليـه (الحكم) Judgement وهو يتضمن البيانات الآتية :

(١) ان يكون صادراً بأسم الشعب .

(٢) اسم المحكمة التي اصدرته .

(٣) تاريخ اصداره .

(٤) اسماء القضاة الذين اصدروه .

(٥) اسماء الخصوم واسماء وكلائهم .

(٦) اثبات الحضور والغياب .

(٧) خلاصة الدعوى .

(٨) موجز ادعاءات الخصوم ودفوعهم .

(٩) ما استندوا اليه من وقائع وحجج قانونية .

(١٠) القرارات التي سبق صدورها .

(١١) منطوق الحكم .

(١٢) ما بنى عليه الحكم من علل واسباب والمواد القانونية التي استند اليها .

(١٣) توقيع القاضي أو رئيس المحكمة .

ويختتم بختم المحكمة ، ونتولى شرح هذه البيانات وهي :

١ ــ صدور الحكم أو الاعلام بالمصطلح العراقي بأسم الشعب :

تصدر الاحكام بأسم الشعب (مادة ١٥٤/ مرافعات مدنية) لان الشعب هو مصدر السلطة وشرعيتها (مادة ٢ من الدستور المؤقت) وقد نص على هذا المبدأ أيضاً المادة ٧٢ من الدستور المصري والدساتير العربية الأخرى وكانت محكمة النقض (التمييز) المصرية تقضي ببطلان الاحكام التي لا تتضمن صدورها بأسم الشعب ، ولكنها عدلت عن هذا الاتجاه وقررت بحكمها الصادر في ٢١ يناير (كانون الثاني/ ١٩٧٤) بأن خلو الحكم بما يفيد صدوره بأسم الامة أو الشعب لا ينال من شرعية الحكم أو يمس ذاتيته .[١١]

(١١) محمد عبدالخالق عمر ـ قانون المرافعات المصري في السودان ص ٨٥ وقد أشار إلى حكم محكمة النقض المصرية (نقض ٢١ يناير ـ كانون الثاني سنة ١٩٧٤) . وعبدالمنعم الشرقاى وفتحي والي في المرافعات المدنية والتجارية ص ١٩٠ بند ١١٣ طبعة ١٩٧٦ ـ ١٩٧٧ .

٢ ـ اسم المحكمة التي اصدرته :

والمقصود من ذلك ان الحكم صادر من محكمة مختصة ، كان يكتب انه صادر من المحكمة الادارية في البصرة أو محكمة البداءة في الكرادة أو محكمة الاحوال الشخصية في الرصافة . . . الخ .

٣ ـ تاريخ اصدار الحكم :

وهو تاريخ النطق بالحكم ، والغاية منه هو لمعرفة بدء مدد الطعن فيه لدى المحكمة العليا .

٤ ـ اسماء القضاة الذين اصدروا الحكم :

وذلك للتأكد من ان الحكم صادر من هيئة قضائية مشكلة تشكيلاً صحيحاً ، فاذا حصل خطأ في بعض اسماء القضاة فيمكن تصحيحه ، فاذا كان الحكم صادراً من هيئة فتدون اسماؤهم ، اما اذا كان صادراً من قاض فرد فيكتب اسمه .

٥ ـ اسماء الخصوم واسماء وكلائهم :

اذ يجب كتابة اسماء اطراف الدعوى ومحل اقامتهم ومهنتهم ، واسماء وكلائهم من المحامين وهو العنصر الشخصي للدعوى ، واذا حصل خطأ في اسمائهم فيمكن تصحيحه لانه خطأ مادي وذلك بعد الرجوع إلى عريضة ومحاضر الدعوى .

٦ ـ اثبات الحضور والغياب في الحكم :

والقصد من ذلك هو لغرض الطعن بالحكم الغيابي عن طريق الاعتراض على الحكم الغيابي لدى نفس المحكمة التي اصدرته ، أما اذا كان الحكم حضورياً فيمكن الطعن به استئنافاً أو تمييزاً ، وفقاً للقانون .

٧ ــ خلاصــة الدعــوى :

أي ان يدون في الحكم بايجاز الوقائع التي هي ضرورية للفصل في الدعوى .

٨ ــ موجز ادعاءات الخصوم ودفوعهم :

أي مجمل الادعاء ومجمل الدفوع التي تقدم بها المدعي عليه من محاضر الدعوى مع ذكر محل وسبب الدعوى .

٩ ــ ما استند اليه الخصوم من وقائع وحجج قانونية :

اي بيان وقائع الدعوى بصورة موجزة مع بيان الادلة القانونية التي اسـ اليها الطرفان كالسندات أو الشهادة أو غير ذلك من ادلة الاثبات .

١٠ ــ القرارات التي سبق صدورها من المحكمة :

وهي القرارات التي تسبق الفصل في الدعوى ، كالقرار الصادر باجراء الكشف أو القرار الصادر بسماع الشهود أو القرار الصادر بعجز المدعي عن اثبات دعواه . . . الخ .

١١ ــ منطــوق الحكــم :

ويقصد به الفقرة الحكمية وهو نص ما قضت به المحكمة في الدعوى وحصلت تلاوته علناً .

١٢ ــ ما بني عليه الحكم من علل واسباب والمواد القانونية التي استند اليها :

ويقصد بذلك تسبيب الحكم .

١٣ ــ توقيع القاضي أو رئيس المحكمة :

ويختتم بختم المحكمة اذا كانت المحكمة مؤلفة من قاض فرد ، فهو وحده

الذي يوقع الاعلام والحكم ، وان كانت مؤلفة من هيئة فأن مسودة الحكم أو مسودة الاعلام ، فيوقع من قبل رئيس واعضاء الهيئة ، اما الصور الأخرى فتوقع من قبل رئيس الهيئة فقط ، مع وجوب ختم الاعلام بختم المحكمة للدلالة على صدوره منها .

أما مضمون الحكم : فهو ان تحكم المحكمة بموضوع الدعوى فأن كانت الدعوى دعوى تخلية مأجور ، واثبت المدعي دعواه وفقاً للقانون ، حكمت المحكمة بالزام المدعي عليه بتخلية المأجور مع تحميله مصاريف المحاكمة واتعاب المحاماة ، وان كانت دعوى دين حكمت بالزام المدعي عليه بتأديته للمدعي مبلغ كذا ، وان كانت الدعوى دعوى ملكية ، حكمت المحكمة بملكية المدعي للدار .... ومنع المدعي عليه من معارضته للمدعي في ملكية الدار ؟ وان لم يتمكن المدعي من اثبات دعاواه ، حكمت المحكمة برد دعوى المدعي ، فمضمون الحكم يكون تابعاً للقانون الموضوعي اي للقانون المدني أو قانون التجارة أو قانون الاحوال الشخصية ، وغيرذلك من القوانين الاخرى أما شكل الحكم فيتبع قانون المرافعات المدنية .

٤٦ ـ تحرير الحكم :

يقول القاضي الفرنسي رانسون[١٢] Ranson ان الحكم الجيد يتميز بثلاث صفات اول كل منها تبدأ بحرف c في اللغة الفرنسية وهي :

تام ـ فرنسي Comlet ، انكليزي Comleat

واضح ـ فرنسي Clair ، انكليزي Clear

موجز ـ فرنسي Concis ، انكليزي Concise

---

(١٢) رانسون . فن القضاء ترجمة محمد رشدي ص ٨٣ .

ان الايجاز والوضوح في لغة الحكم القضائي فضيلة ، ولكن ليس كل القضاة بمستطعين ذلك ، اذ على القاضي ان لا يدخل في تفصيلات أو تفريعات لا لزوم لها بل عليه ان يقتصر حكمه على النقط الواجبة الحل في الدعوى ، وان تكون لغة الحكم واضحة ، وبالفاظ بسيطة بعيدة عن التعقيد ، فاللغة المعقدة ، تجعل الحكم غامضاً ، وعلى القاضي ان يكون قديراً بتحديد المعاني قبل ان يختار لها الالفاظ ، وان يتجنب اللفظ الذي لا يدل على شيء ؟ وكذلك الالفاظ العامة الغامضة التي تكون محل جدل أو التي تحتاج إلى تفسير.وان يكتب القاضي الحكم بخط واضح مقروء،مع وضوح الفكرة وان يتجنب التصحيح والشطب ، والافضل كتابة مسودة للحكم من قبل القاضي نفسه ، ثم يقوم كاتب الضبط بكتابتها مجدداً ، بخط واضح مقروء ، وعلى القاضي ان يقارنها مع مسودة الحكم .

لكل قاض طريقته في الكتابة ، كما ان لكل كاتب طريقته في الكتابة ايضاً ، وان الاسلوب القضائي الذي يستعمل في كتابة الاحكام لا يختلف كثيراً عن الاسلوب الذي يستعمله الانسان للتعبير عن فكرته ، عدا بعض الالفاظ التي اعتاد القضاة استعمالها امثال : وحيث ، أو بما ان ، أو بناء على ما تقدم ، أو عبارة لدى التأمل ، أو لدى التدقيق والمداولة . . . الخ . وان يكون القاضي على علم تام بقواعد النحو والصرف وتركيب الجمل ، وعليه ان يكتب حكمه بلغة عربية مبينة واضحة سهلة ، وان يتجنب ايراد المبادىء القانونية العامة التي ليس لهاضرورة للفصل في الدعوى ، لان هذه المبادىء تقيده في المستقبل ، وعلى القاضي ان يتجنب في حكمه الفاظ العنف والشدة لان القضاء وقور بطبعه .

وعلى القاضي ان يقرأ دائماً الاحكام العربية والاجنبية للحصول على ذخيرة واسعة من الالفاظ والمصطلحات القانونية لاستعمالها في كتابة حكمه .

أن الحكم القضائي كالبناء ، اذا توافرت عناصر البناء ، فان القاضي

بحسن تفكيره وسلامة ذوقه ، واسلوبه الأدبي ، ان يشيد قصراً جميلاً أو أن يقيم كوخاً يمجه الذوق .

الفـــــرع الخامـــــس :

٤٧ ــ تسبيـــب الحكـــم :

تسبيب الحكم : هو ايراد الحجج الواقعية والقانونية التي بنى عليها الحكم ، وقد نصت المادة ١٥٩ من قانون المرافعات المدنية :

١ ــ يجب ان تكون الاحكام مشتملة على الاسباب التي بنيت عليها وان تستند إلى احد اسباب الحكم المبينة في القانون .

٢ ــ على المحكمة ان تذكر في حكمها الاوجه التي حملتها على قبول اورد الادعاءات والدفوع التي اوردها الخصوم والمواد القانونية التي استند اليها .(١٣)

واهمية التسبيب هي :

١ ــ ضمان عدم تحيز القاضي حتى لا تصدر أحكامه متأثرة بالعواطف ولكي تكون محل احترام الخصوم .

٢ ــ ضمان دارسة نقط النزاع دراسة وافية للوصول إلى الحجج التي يرتب القاضي عليها حكمه .

٣ ــ تمكين الخصم الذي خسر الدعوى من دراسة اسباب الحكم عند الطعن به استئنافاً أو تمييزاً .

٤ ــ تمكين محكمة التمييز أو محكمة الاستئناف من فرض رقابتها على الحكم .

---

(١٣) راجع لمزيد من التفصيل ـ أحمد أبو الوفا نظرية الاحكام ص ١٦٧ وما بعدها .

٥ ـ اجراء التحليل العلمي لأحكام القضاء، ورصد اتجاهاته ، بما يساعد الفقه والقضاء في تطبيق القانون وتفسيره .

وعلى القاضي ان يبين في حكمه ، ما هي طلبات المدعي وما الذي اجاب المدعي عليه ، وما هي طلبات الخصوم ، وسند كل واحد منهم في ادعائه أو دفعه ، والنص القانوني الواجب التطبيق ، ولا يجوز ان تكون الاسباب غامضة او ناقصة أو اسباباً متناقضة بل يجب ان يكون التسبيب كافياً ، واذا اشار القاضي في حكمه إلى المستند التحريري ، أو اذا اشار إلى تقرير الخبير ، فيعتبر الحكم مسبباً تسبيباً كافياً ولو لم يذكر القاضي في حكمه الاسباب التي بنى عليها الخبير تقريره .

أن القرارات التي تصدر اثناء سير المرافعة لا يوجب القانون العراقي تسبيبها لان النطق بها يفصح في ذاته عن سبب اصدارها ، وان التسبيب يكون واجباً في الحكم الذي ينهي الخصومة .

وتقسم الاسباب في الحكم إلى اسباب واقعية واسباب قانونية :

فالاسباب الواقعية هي بيان الوقائع والادلة التي يستند اليها الحكم .

أما الاسباب القانونية فهي بيان النصوص القانونية الذي يصدر الحكم تطبيقاً لها ، ويشتمل على الحجج القانونية التي يستند اليها الحكم .

وتسبيب الاحكام واجب في كافة المحاكم على اختلافها ، ويجب ان تكون اسباب الحكم واضحة وكافية ، بحيث تحمل الدليل على ان المحكمة قد درست الدعوى دراسة عميقة ، وان ما حكمت به كان وفقاً لاحكام القانون .

ويجب ان يستند الحكم إلى احد طرق الاثبات المنصوص عليها في قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ ، كما يجب ان يذكر في الحكم المواد القانونية التي استند اليها القاضي في حكمه .

الفــــرع الســـــادس :

٤٨ ـ منطـــوق الحكـــم :

منطوق الحكم : هو الجزء من الحكم الذي يعطي فيه القاضي حلاً للدعوى بالحكم على المدعي عليه ، أو بالعكس برد دعوى المدعي ، وقـد اصطلح عـلى تسميتـه في القضاء العـراقي (الفقرة الحكميـة) كأن تقـول المحكمـة في نهايـة حكمها ، وبعد ايراد الاسباب (وبناء عليه أو بالنظر لما تقدم قررت المحكمة الزام المدعي عليه فلان . . . . بتأديته للمدعي فلان . . . . . مبلغاً قـدره الف دينار مع تحميله مصاريف المحاكمة واتعاب المحاماة ، أو قررت المحكمة رد دعوى المدعي فلان . . . . مع تحميله مصاريف المحاكمـة واتعاب المحـاماة . . . . وهكـذا) فالمنطوق اذن هو الجزء من الحكم الذي يفصل في نقط النزاع ، وهو ايضاً ما قضت به المحكمة في الطلبات المقدمة اليها،وحصلت تلاوته في جلسة علنية ، وهو الذي يقبل الطعن به استئنافاً أو تمييزاً حسب مقتضى الحال .

وبمقتضى منطوق الحكم يحصل الخصم المحكوم له على الحماية القضائية ويجب ان يكون منطوق الحكم صريحاً واضحاً لا لبس فيه ،[١٤] فأن كان غامضاً فيجوز للمنفذ العدل ان يستوضح من المحكمة التي اصدرت الحكم عما ورد فيه من غموض واذا اقتضى الامر صدور قرار منهـا أفهم ذوو العلاقـة بمراجعتهـا دون الاخلال بتنفيذ ما هو واضح من الحكم الواجب التنفيذ (مادة ١٠ من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠) .

---

(١٤) ابراهيم نجيب سعد ـ القانون القضائي الخاص ج ٢ ص ٢٤٨ .

الفـــــرع السابــــع :

٤٩ ـ المخالفـة فـي الحكـم :

مقدمـــــة :

كانت مشكلة الرأي المخالف في الاحكام القضائية ـ ولا تزال ـ مثار جدل بين القضاة والفقهاء ، وتثور هذه المشكلة عندما تكون المحكمة مؤلفة من عـدة قضاة كمحكمة الاستئناف أو محكمة التمييز ، اما اذا كانت المحكمة مؤلفـة من قاض واحد فلا وجود لهذه المشكلة ، فهل يجب ان تصدر الاحكام باتفاق الآراء عند تعدد القضاة أم بالاكثرية ؟ وهل يحق للقاضي المخالف ان يدون مخالفته ؟ وهل ينطق بهذه المخالفة ام تبقى طيَّ الكتمان ؟ وهل يكتب في الحكم أنه صادر باتفاق الآراء أم بالاكثرية ؟ أم لا يكتب لا هذا ولا ذاك ؟ هذه هي بعض مشاكل العمل القضائي ، يشعر بها كل قاض يعمل في هيئة مكونة من عدة قضاة ، ويكون الرأي المخالف على صورتين(١٥) :

(**الأولى**) ان يكون رأي الأقلية من القضاة مخالفاً لرأي الاكثرية ، منهم في منطوق الحكم ، فقد ترى الاكثرية تصديق الحكم المطعون فيه ، بينما ترى الاقلية نقض الحكم ، أو أن ترى الحكم يجب ان يكون لصالح المستأنف عليه ، وهذه هي الصورة الأولى للرأي المخالف Dissenting Opinion وهي المخالفة في الاسبـاب وفي نتيجة الحكم .

و (**الصورة الثانية**) هي ان يتفق قضاة المحكمة على تصـديق الحكم أو نقضه ولكنهم يختلفون في اسباب التصديق أو النقض . . . وفي هذه الحالة يصدر الحكم باتفاق الآراء بالتصديق أو النقض ، ولكنه يصدر بالاكثريـة بالنسبـة إلى

---

(١٥) محمد عبدالخالق عمر ـ الفقه والقضاء في قانون المرافعات ص ٥٧ . وأحمد كمال ابو المجد في الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة ومصر ص ١٩٦ .

تسبيب الحكم وهو ما يسمى بالرأي الموافق من حيث النتيجة Concurring Opinion فهو رأي مستقل موافق ، وتختلف النظم القضائية المعاصرة في هذه المشكلة ، فالبعض منها لا تسمح بالرأي المخالف ، وتحرم على القاضي ان يدون مخالفته وعند صدور الحكم برأي الاكثرية ، فأنه ينسب إلى المحكمة بكامل هيئتها ، ولا يذكر في الحكم انه قد صدر بالاتفاق أو بالاكثرية ، وبعض النظم الاخرى تسمح للقاضي ببيان مخالفته وتدوينها ولكنه لا ينطق بها ، بل تحفظ في اضبارة الدعوى ولا يسمح لاحد بالاطلاع عليها ، والبعض الآخر يذهب إلى ابعد من ذلك ، اذ تسمح للقاضي المخالف ان ينطق بالمخالفة ، ويطلع عليها الخصوم ، وتنشر بجانب رأي الاكثرية من القضاة التي اصدرت الحكم القضائي .

٥٠ ـ مزايا الرأي المخالف :

أن مزايا الرأي المخالف هي :ـ[١٦]

أولا : الرأي المخالف في الحكم القضائي يؤدي إلى بذل مزيد من الجهد في دراسة الدعوى اذ عندما تجتمع هيئة المحكمة للمداولة في الحكم ، فأن لكل قاض اشترك في المرافعة ان يبدي رأيه في الدعوى المعروضة لاصدار الحكم فيها ، وعندما يحدث خلاف في الرأي بين قضاة المحكمة ، فأن كل واحد منهم يدافع عن وجهة نظره ، ويبدي الاسباب القانونية التي تؤيد رأيه ، وقد يؤدي ذلك إلى اعادة دراسة الدعوى مجدداً ، وبذل مجهود اكبر في تفهم الدعوى .

ثانياً : ليس من الصواب في شيء ان يحال بين القاضي الذي اشترك في المداولة

---

(١٦) دفاع عن الاختلاف في الرأي للقاضي دوكلاس Doulgas المنشور في كتاب المحكمة العليا ص ٤٨ .

وصدر الحكم على خلاف رأيه في أبداء وجهة نظره ، وتدوين مخالفته ، لان الحيلولة بينه وبين تدوين مخالفته مؤذية لضميره ، وشعوره بقيمة رأيه

ثالثاً : ليس من مصلحة القضاء اقامة الحكم القضائي على الوهم والافتراض بدلاً من حقيقة الواقع ، فما دام الحكم القضائي ، لم يكن صادراً باتفاق اراء القضاء فأن نسبته اليهم جميعاً هو افتراض وليس حقيقة واقعة .

رابعاً : ان من مصلحة كل طرف من اطراف الدعوى ان يعرف رأي كل قاض في الدعوى المنظورة .

خامساً : ان بيان الرأي المخالف يكشف الصعوبات التي يصادفها القضاة في تطبيق القانون على وقائع الدعوى ، وفيه تنبيه للمشرع بوجوب ملافاة الغموض الذي يعترى بعض نصوص القانون .

سادساً : ان اختلاف الرأي دليل على حيوية القضاة ، وبرهان على محاولة كريمة تنشد الحق والعدل وسيادة القانون .

سابعاً : ان بيان الرأي المخالف في الأحكام القضائية يعطي صورة صادقة للعمل القضائي .

ثامناً : ان الاختلاف في الرأي بين القضاة ظاهرة طبيعية لا يمكن تجنبها ، ولهذا فأن فتح ابواب التعبير عنها هي الوسيلة الوحيدة لاراحة ضمير القاضي وتبرئة ذمته ، واكثر اتفاقاً مع كرامة القضاة واستقلالهم في اصدار الحكم .

٥١ ـ مساوىء الرأي المخالف :

أولاً : ان بيان الرأي المخالف والنطق به يشكك في سلامة الحكم القضائي وقوته ، لانه صادر بالاكثرية وليس باتفاق آراء القضاة .

ثانياً : وجوب احاطة عملية اصدار الحكم القضائي بسرية ، وان الاشارة إلى الحكم بأنه قد صدر بالاكثرية فيه انشاء لسرية المداولة انتهاء اذ سيعرف الخصوم القضاة المخالفين للحكم .

ثالثاً : ان بيان الرأي المخالف قد يضعف الثقة بالعدالة القضائية .

رابعاً : أن الاختلاف في الرأي القضائي ، وبيان اسماء القضاة الذين خالفوا قد يخلق شيئاً من العداء للقضاة من قبل بعض اطراف الدعوى .

خامساً : أنه يؤدي إلى الخلاف بين قضاة المحكمة وحدوث خصومات بينهم .

سادساً : ان الخلاف في الرأي قد يؤدي إلى تحويل الاقلية المخالفة إلى الاكثرية فيصدر حكم مخالف للحكم السابق ، وبذلك يحدث تعارض في الاحكام القضائية صادرة من نفس المحكمة .

٥٢ ـ النظم القضائية التي لا تجيز تدوين الرأي المخالف :

أن التنظيم القضائي الفرنسي يأخذ بمبدأ وحدة الرأي في الاحكام القضائية وسرية المداولة في قانونه القديم والجديد ، فقد نصت المادة ٤٤٧ من قانون الاجراءات المدنية الجديد الصادر سنة ١٩٧٥ على ما يأتي : (تكون المداولة بين القضاة سرية)[١٧] **ونصت المادة ٤٤٨ منه على ما يأتي : (تصدر القرارات باكثرية الاصوات ، وليس فيه نص قانوني يسمح للقاضي المخالف بتدوين مخالفته أو النطق بها لان المداولة سرية ، فسواء صدر الحكم بالاتفاق أم بالاكثرية فأنه ينسب إلى كامل هيئة المحكمة ولا يذكر في الحكم انه قد صدر بالاتفاق أو بالاكثرية ، وقد تأثر بالنظام الفرنسي كل من ايطاليا وهولندا وبلجيكا والمانيا الاتحادية وكذلك بعض الاقطار العربية منها جمهورية مصر العربية والمغرب**

---

(١٧) الطبعة ١٩ Jean Vincent, Procedure Civil, Dalloz لسنة ١٩٧٨ ص ٧١٢ بند ٥٣٦ .

والجزائر والكويت . فقد نصت المادة ١٦٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة/ ١٩٦٨ على ما يأتي : (تكون المداولة في الاحكام سراً بين القضاة مجتمعين) ، ونصت المادة ١٦٩ منه على ما يأتي : (تصدر الاحكام باغلبية الاراء) ، وعلى هذا تتم المداولة بين القضاة مجتمعين سراً ، وتنتهي المداولة بأخذ الرأي بين القضاة ، ويصدر الحكم برأي الاغلبية المطلقة ، وينسب الحكم إلى المحكمة بكامل هيئتها سواء صدر بالاتفاق أم بالاكثرية ، فلا يذكر في الحكم انه صدر بالاتفاق أو بالاكثرية ، أما قانون المسطرة المدنية (الاجراءات المدنية) في المملكة المغربية الصادر سنة ١٩٧٤ ، فقد نصت المادة ٣٤ منه على ان تكون القرارات معللة ويشار إلى انها صدرت في جلسة علنية وان (المداولة) وقعت في جلسة علنية أو سرية ومؤدى ذلك أنه يجوز ان تكون المداولة سرية وعلنية ، وليس فيه نص قانوني على صدور الحكم بالاكثرية .

وفي القانون الجزائري نصت المادة ١٤٢ من قانون الاجراءات المدنية الصادر سنة ١٩٦٦ بأنه بعد اقفال باب المناقشة يحيل المجلس الدعوى للمداولة ويحدد اليوم الذي يصدر فيه حكمه ، ولم ينص القانون على صدور الحكم بالاتفاق أو بالاكثرية وليس فيه نص قانوني على جواز مخالفة احد القضاة رأي الاكثرية أو تدوين مخالفته .

وفي القانون الكويتي نصت المادة ١١٢ من قانن المرافعات المدنية التجارية رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ على ما يأتي : (تكون المداولة في الاحكام سرية بين القضاة مجتمعين ، ولا يجوز ان يشترك فيها غير القضاة الذين سمعوا المرافعة وتصدر الاحكام باغلبية الآراء) ، وليس فيه نص قانوني على مخالفة احد القضاة للحكم أو تدوين مخالفته .

وفي القانون التونسي فقد نص الفصل (المادة) ١٢٠ من مجلة المرافعات المدنية والتجارية على ما يأتي : (يصدر الحكم من ثلاثة حكام بأكثرية الآراء ،

ويطلب الرئيس من الحاكمين رأيهما مبتدأ بأقلها قدماً ويبدي رأيه أخيراً . ونص الفصل ١٢١ منه : (يجب ان تكون المفاوضة (المداولة) سرية يدون فيها اثر كتابي ولا يشارك فيها غير الحكام الذين تلقوا المرافعة وعندما تحصل الاغلبية تحرر لائحة في نص الحكم . .) .

٥٣ ـ النظم القضائية التي تجيز تدوين الرأي المخالف :

ان التنظيم القضائي الانكليزي والتنظيم القضائي في الولايات المتحدة الامريكية والاتحاد السوفيتي وباكستان والهند واستراليا والسويد يجيز للقاضي تدوين مخالفته ، ففي القانون الانكليزي ، فأن من حق كل قاض ان يعبر عن رأيه المخالف عند اصدار الحكم ، بل أنه في حالة الاتفاق على الحكم ، فأن القاضي من حقه ان يصدر حكماً منسوباً اليه وحده ، فأذا كانت المحكمة مؤلفة من ثلاثة قضاة واتفقوا جميعاً على الحكم في الدعوى على نحو معين ، فأن كل واحد منهم يصدر حكماً منفصلاً ، وبذلك تصدر المحكمة ثلاثة احكام كلها تنتهي إلى نفس النتيجة ولكن بأسباب مختلفة ، أو على صياغات مختلفة لنفس الاسباب .

وفي الولايات المتحدة الامريكية ، تجتمع المحكمة العليا المكونة من تسعة قضاة بما فيهم رئيس المحكمة للمداولة ، ونادراً ما يصدر الحكم بالاتفاق فأذا حصلت الاكثرية ، كلف رئيس المحكمة احد القضاة لكتابة الحكم ، أو يقوم هو بنفسه بكتابته ، فأذا اختلف احد القضاة مع الاكثرية في الاسباب ، فيوافق على الحكم من حيث النتيجة ، ولكنه يكتب اسباباً تختلف عن الاسباب التي وافقت عليها اكثرية القضاة ، أما اذا خالف بعض القضاة بنتيجة الحكم ، فأنه يكتب رأياً مخالفاً ، وبعد كتابة رأي الاكثرية ، ورأي الاقلية يتلى حكم الاكثرية أولاً من قبل القاضي الذي كتبه ثم تعقبه الآراء الموافقة من حيث النتيجة ، والآراء المخالفة

لنتجية الحكم وتنشر هذه الآراء جميعها في مجموعات احكام المحكمة العليا .[18]

وفي الاتحاد السوفيتي نصت المادة ٣٧ من قانون اسس الاجراءات المدنية الصادر سنة ١٩٦١ على ما يأتي : (يصدر قرار المحكمة بأغلبية الاصوات ، ويجب ان يعرض كتابة ويوقع عليه من جميع القضاة ويحق للقاضي الذي بقي ضمن الاقلية ان يعرض كتابة رأيه الخاص الذي يضم إلى ملف القضية) وهذا النص مطابق للمادة ١٧٥ من قانون الاجراءات المدنية في جمهورية روسيا ، وان هذا الرأي المخالف لا ينطبق به ولا ينشر وإنما يوضع في اضبارة الدعوى ، ويجري تقييمه من قبل المحكمة العليا عند الطعن بالحكم وان رأي الاكثرية وحده هو الذي ينطق به .[20]

أما في القانون الاردني فقد نصت المادة ١٨٥ / ٢ من قانون احوال المحاكمات الحقوقية على ما يأتي : (تصدر المحكمة قرارها بالاجماع أو بالاكثرية ، وعلى المخالف ان يبين اسباب مخالفته في ذيل القرار ويوقعها ، ونصت المادة ٢٥٤ منه : (تصدر محكمة التمييز قراراتها باجماع الآراء أو باكثريتها) وبذلك يكون القانون الاردني قد اخذ بمبدأ المخالفة في الاحكام القضائية .

أما في القانون اللبناني فقد نصت المادة ٤١١ من قانون اصول المحاكمات المدنية على ما يأتي : (يصدر الحكم باجماع الآراء أو بكثريتها ، فأذا صدر الحكم باكثرية الآراء يشار فيه إلى ذلك ، وعلى القاضي المخالف ان يدون مخالفته) وبذلك يكون القانون اللبناني قد اجاز للقاضي مخالفة رأي الاكثرية وتدوين مخالفته .

---

(١٨) An Introduction to the Legal System in U.S.A. P. 46

(٢٠) Terebilov, The Soviet Court p. 44

٥٤ ـ الاخذ بالرأي المخالف في القانون العراقي :

كان قانون اصول المحاكمات الحقوقية العثماني سارياً في العراق حتى سنة ١٩٥٦ ، وقد اخذ بالرأي المخالف في المادة ١٥ من ذيل قانون اصول المحاكمات الحقوقية العثماني ، اذ قد نصت (. . . واذا كان ثمة اعضاء مخالفون لهذا القرار يكتبون في ذلك الضبط اسباب مخالفتهم بخط يدهم ويصدقون عليها بتوقيعهم ، ثم صدر قانون اصول المرافعات المدنية التجارية رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦ ، ونصت المادة ١٢٩ /٣ منه على ما يأتي : (توقع هيئة المحكمة على الحكم الذي تصدره بعد ان يدون العضو المخالف اسباب مخالفته قبل تفهم الحكم للطرفين) ثم الغي هذا القانون بقانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، ونصت الفقرة (٢) من المادة ١٦٠ (يدون العضو المخالف رأيه واسباب مخالفته ولا ينطق بالمخالفة وتحفظ باضبارة الدعوى ولا تعطي منها صور) ، وبذلك يكون القانون العراقي في كافة مراحله قد أخذ بالرأي المخالف في الحكم القضائي .

ونرى أنه من الافضل السماح للرأي المخالف بنشر مخالفته والنطق به مع رأي الاكثرية ، لان كل قاض هو المسؤول عن رأيه ، اذ لا لزوم لحفظ المخالفة في اضبارة الدعوى واحاطتها بالسرية .

الفـــرع الثامـــن :

٥٥ ـ النطـق بالحكـم :

النطق بالحكم : هـو افصاح المحكمـة عن ارادتها في الـدعوى المـرفوعـة امامها ، وتلاوة الحكم شفوياً وعلناً في الجلسة المحددة لذلك ، اذ عنـدما تتهيـأ الدعوى المدنية لاصدار الحكم فيها فأن المحكمة تقرر ختام المرافعة ، ثم تصدر حكمها في ذات اليوم أو تحدد موعـد آخـر للنطق به لا يتجاوز خمسة عشر يوماً من

تاريخ ختام المرافعة (مادة ١٥٦ مرافعات مدنية) ومؤدى هذا النص القانوني ان الاصل هو اصدار الحكم والنطق به في نفس اليوم الذي تقرر فيه المحكمة ختام المرافعة ، واستثناء تأجيل النطق بالحكم إلى موعد آخر لا يتجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ ختام المرافعة وذلك في الدعاوي المعقدة الشائكة ولرغبة المحكمة في افساح المجال للتروي بالدعوى ، ويتلى منطوق الحكم علناً بعد تحرير مسودته وكتابة اسبابه في الجلسة المحددة لذلك (مادة ١٦١ مرافعات مدنية) .

وينطق بالحكم علناً ولو كانت المرافعة سرية ، وفي الدعاوي الجزائية تختلي المحكمة لوضع صيغة الحكم أو القرار في الجلسة المعينة لاصداره ، وبعد الفراغ من وضعه تستأنف الجلسة علناً وتتلى صيغته على المتهم أو يفهم بمضمونه ، واذا كان الحكم يقضي بالادانة فعلى المحكمة ان تصدر حكماً آخر بالعقوبة في نفس الجلسة وتفهمها معاً (مادة ٢٢٣ أصول جزائية) ويكون القضاة الذين اشتركوا في المداولة وسمعوا المرافعة في الدعوى حاضرين عند تلاوة الحكم ، لان في ذلك دلالة على أن الحكم قد صدر نتيجة مداولتهم فيه ، وهو رأيهم الاخير ، فأذا حدث لاحد القضاة ما يمنعه من الحضور وقت تلاوة الحكم ، كأن يكون مريضاً جاز النطق به بشرط ان يكون القاضي موقعاً على مسودة الحكم .

أما اذا كان الحكم غير موقع من قبله ، فلا يجوز النطق به ، أما اذا كان القاضي قد أحيل على التقاعد وبلغ به قبل النطق بالحكم فيكون قد فقد صفته القضائية فيجب فتح المرافعة مجدداً واشراك قاضي آخر وبعد تلاوة محاضر الدعوى على وكلاء الطرفين تقرر المحكمة ختام المرافعة ثانية ثم تصدر حكمها وتنطق به .

أما اذا صدر الامر بنقل القاضي إلى محكمة اخرى ، فأن النقل لا يزيل عنه صفة القاضي في تلك المحكمة الا اذا بلغ به بصفة رسمية وعندئذ لا يجوز له

---

(٢١) أحمد أبو الوفا ـ نظرية الاحكام ص ٨٩ .

الاشتراك في الحكم والمبدأ العام في ذلك هو ان يصدر الحكم ممن يتصف بصفة القاضي حتى النطق به علناً . والدعوى لا تخرج من يد المحكمة ما دام لم ينطق به فهو مشروع حكم أو مجرد رأي للمحكمة يجوز لها العدول عنه ، ويجوز لاحد قضاة الهيئة ان يطلب اعادة المداولة وابداء رأي جديد في الدعوى قبل النطق بالحكم ، أما اذا صدر الحكم ونطق به ، فأن الدعوى تخرج من سلطة المحكمة ويصبح الحكم حقاً للمحكوم له ، ولا يمكن العدول عنه أو تعديله اذ ان الحكم الذي يصدر عن المحكمة يبقى مرعياً ومعتبراً ما لم يبطل أو يعدل من قبل المحكمة نفسها أو يفسخ أو ينقض من محكمة اعلى وفق الطرق القانونية (مادة ١٦٠ /٣ مرافعات مدنية) ولكن النطق بالحكم لا يؤثر في صحته ما يقع فيه من اخطاء مادية بحتة أو كتابية كالخطأ في حساب المبلغ المحكوم به ، وهو الخطأ الذي يأتي من نتيجة الجمع والطرح أو الخطأ الذي يقع في اسم المحكوم له ، والمحكوم عليه اذ يجب تصحيح مثل هذا الخطأ من قبل المحكمة بناء على طلب الطرفين أو احدهما (مادة ١٦٧ مرافعات مدنية) .

والاصل ان رئيس الهيئة هو الذي يقوم بتلاوة الحكم علناً وعليه ان يكون على جانب كبير من هدوء النفس ، والتأني في النطق ، والتلفظ بكل الكلمات وبجميع الحروف .

وقد جرت بعض المحاكم على تكليف كاتب الضبط بتلاوة الحكم ، وهذا مما يقلل من هيبة المحكمة عند تلاوة الحكم ، ان المحكمة قد تخطأ بوصف حكمها ، فقد تصفه بأنه قابل للطعن به استئنافاً ، بينما هو قابل للطعن به ، تمييزاً أو انه حكم حضوري بينما هو حكم غيابي ، ولا يعتد بهذا الوصف اذ العبرة دائماً هي بنص القانون وحده ، وليس بالوصف الذي تصفه المحكمة لحكمها ، ولما كان الحكم يشتمل على المنطوق والاسباب فعند الاختلاف بينهما ، فأن العبرة هي بمنطوق الحكم (الفقرة الحكمية) لان المحكمة في منطوق حكمها تعبر عما حكمت به

بالفاظ صريحة واضحة أما اسباب الحكم فهو بيان الحجج التي اقتنعت بها المحكمة .

وعلى القاضي عند كتابته للحكم ، أن لا يعتمد على ذاكرته في حفظ النصوص القانونية بل عليه ان يرجع إلى نص القانون ، قبل كتابة الحكم وينطق به إلا بعد تحريره وكتابة اسبابه ، فأن شر ما يصيب القاضي هو الارتجال في الاحكام القضائية .

اما في القانون المقارن فأنه في المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية بعد انتهاء المرافعة ، ينطق بالاحكام في ظهر يوم الاثنين من كل اسبوع ، اذ يبدأ القاضي الذي كتب رأي الاكثرية بتلاوة الحكم على الحاضرين ، ثم يعقبه الآراء الموافقة على الحكم من حيث النتيجة لاسباب اخرى ثم يقرأ كل قاضي مخالفته وتجمع هذه الآراء جميعاً في مجموعات خاصة .(٢٢)

وفي الاتحاد السوفيتي ، ينطق بالحكم علناً في نفس الجلسة بعد ختام المرافعة مباشرة ويقوم بتلاوة الحكم رئيس الهيئة أو احد القضاة الذين اشتركوا في اصداره على انه يجوز تأجيل النطق بأسباب الحكم لمدة لا تزيد على ثلاثة ايام (مادة ١٧٧ مرافعات روسي)(٢٣) وذلك في الدعاوي المعقدة ولا يجوز التأجيل لاكثر من مرة واحدة ، اما في القوانين العربية ، فأن قانون أصول المحاكمات الحقوقية الاردني قد نص على انه بعد انتهاء المرافعات تعلن المحكمة ختام المرافعة ، وتنطق بالحكم أذا امكن في نفس الجلسة ، والا ففي جلسة اخرى ، تعين لهذا الغرض ، خلال شهر واحد على الاكثر من اعلان ختام المرافعة ويكون الحكم مكتوباً ومؤرخاً وموقعاً من قضاة المحكمة (مادة ١٨٥ منه) .

---

(٢٢) احمد كمال ابو المجد : الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الامريكية ومصر ص ١٩٧ .

(٢٣) Jerelibove, The Soviet Court, P. 63

وفي قانون المرافعات المدنية الكويتي رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ ، ينطق بالحكم بتلاوة منطوقه في جلسة علنية ، اذ انه متى تمت المرافعة في الدعوى قضت المحكمة فيه ، أو اجلت اصداره إلى جلسة قريبة تحددها ولا يجوز لها ان تؤجل اصدار الحكم بعد ذلك اكثر من مرتين (المادة ١١٤ و ١١٥ منه) .

وفي قانون المرافعات المدنية البحريني ، لسنة ١٩٧١ ، تنطق المحكمة بالحكم فور ختام المحاكمة ، اذا امكن ذلك والا ففي جلسة اخرى تعين لهذا الغرض ، ويكون النطق بالحكم بتلاوة منطوقه في جلسة علنية (مادة ١٨٦ منه) .

وفي قانون الاجراءات المدنية السوداني رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٤ على المحكمة عقب انتهاء المرافعة ان تنطق بالحكم في الجلسة ذاتها ، ويجوز لها تأجيل النطق به إلى جلسة أخرى تحددها في اقرب فرصة ، ويكون النطق بالحكم في جلسة علينة (المواد ١٠١ و ١٠٢ منه) .

وفي قانون المرافعات المدنية المصري ، رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، يجوز للمحكمة عقب انتهاء المرافعة ان تنطق بالحكم في الجلسة ، ويجوز لها تأجيل اصداره إلى جلسة اخرى قريبة تحددها ، وينطق القاضي بالحكم بمنطوقه أو بتلاوة منطوقه مع اسبابه ، ويكون النطق علانية والا كان الحكم باطلاً (مادة ٧١ و ١٧٤ مرافعات مصري) .

ومما يلفت النظر في النص المصري هو كيف يكون الحكم باطلاً لعله لاحقة على النطق به ؟ وما ذنب المحكوم له ان يبطل الحكم لعله لابد له فيه ، وانما هو خطأ من القاضي ، أو قل هو الخطأ في التشريع .

وبعد انتهاء رئيس الهيئة من النطق بالحكم ، يوضح ويفهم المحكوم عليه مضامين الحكم بصورة واضحة جلية ، حتى يقنعه ويقنع الحاضرين في الجلسة بأن القضاة قد درسوا الدعوى دراسة وافية ، وبذلوا اقصى جهودهم بما يكفل التطبيق

السليم لاحكام القانون ويصولاً إلى الحكم العادل . ومع ذلك فأن القاضي ليس معصوماً من الخطأ ، فعليه ان يفهم المحكوم عليه أصول الطعن بالحكم الذي نطق به ومدة الطعن ، والمحكمة المختصة بنظره .

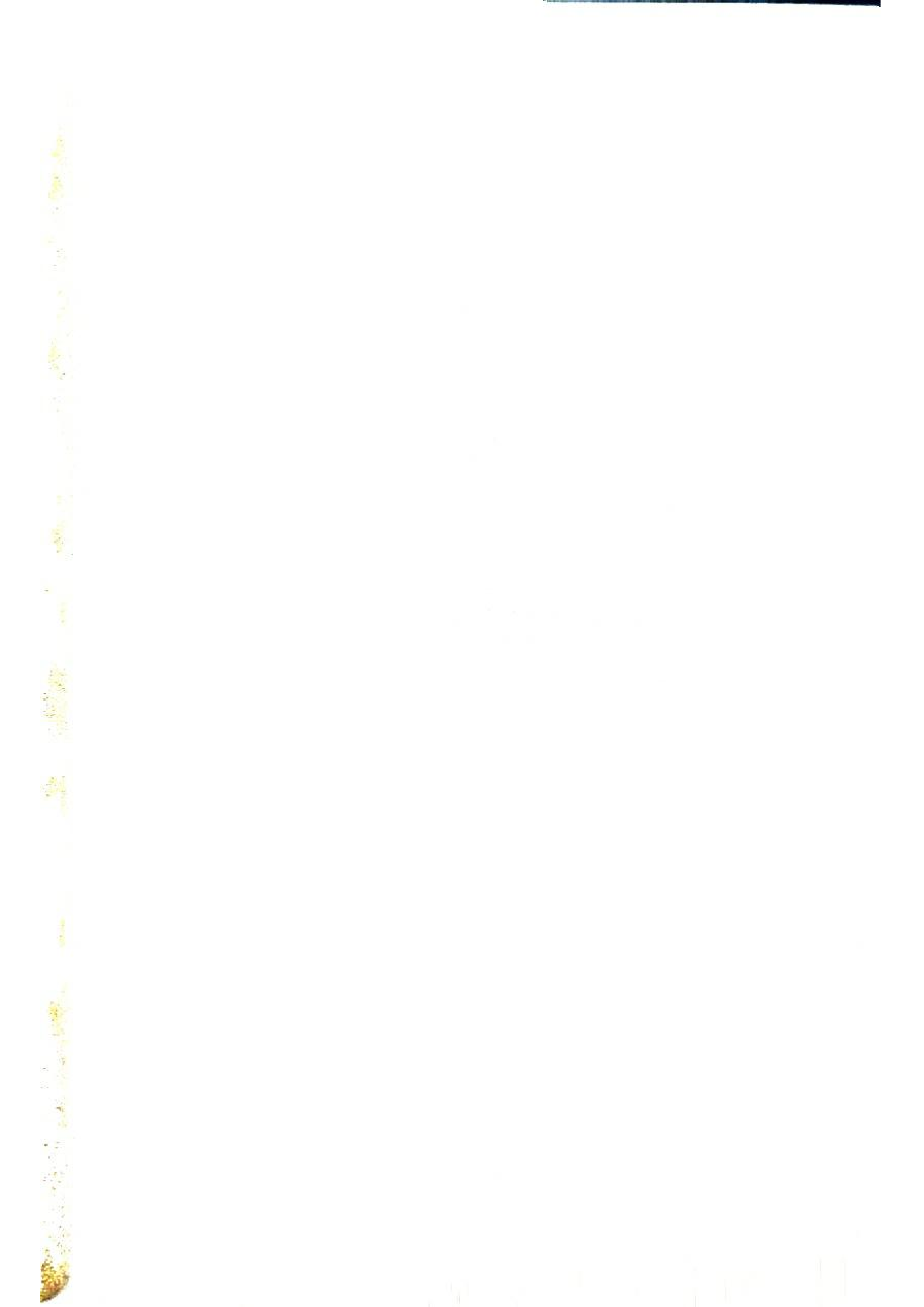
أما في الاحكام الصادرة بالاعدام فأن على المحكمة وجوباً افهام المحكوم عليه بأن اوراق الدعوى سترسل تلقائياً إلى محكمة التمييز للنظر في الحكم تمييزاً ، كما أن له ان يطعن بالحكم الصادر عليه لدى الهيئة العامة لمحكمة التمييز خلال ثلاثين يوماً تبدأ من اليوم التالي لتاريخ صدور الحكم عليه (الفقرة (د) من مادة ٢٢٤ من قانون أصول المحاكمات الجزائية) .

وتطبيقاً لهذا النص القانوني قررت الهيئة العامة لمحكمة التمييز بأن اغفال المحكمة للاجراء المنصوص عليه في الفقرة (د) من المادة ٢٢٤ من قانون اصول المحاكمات الجزائية وهو تفهيم المحكوم عليه بالاعدام بأن دعواه سترسل تلقائياً إلى محكمة التمييز في النظر بالحكم وأن له ان يطعن بالحكم الصادر عليه لدى محكمة التمييز خلال ثلاثين يوماً تبدأ من اليوم التالي لتاريخ صدور الحكم عليه ، له تأثيره على النتيجة مما يتعين اعادة اوراق الدعوى إلى محكمتها لاكمال هذا النقص مع الاحتفاظ للمحكوم عليه بمدة الطعن تمييزاً من تاريخ افهامه (القرار المرقم ٢٣ / هيئة عامة/ ٧٩ في ٧/ ٤/ ١٩٧٩) .

ان جريان المرافعة بصورة علنية ، والنطق بالحكم علناً ، بحضور بعض المواطنين ونشر الاحكام القضائية في مجموعات دورية ، كل ذلك يؤدي إلى الثقة بالقضاء واحكامه ، ويجعل الرأي العام على معرفة تامة بما يدور في جلسات المحاكم ويعزز التأثير التربوي على المحكوم عليهم وينشر الوعي القضائي بين المواطنين .

الفصل السادس

الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية



٥٦ ـ الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية :

الحكم القضائي هو تقرير للحقيقة كما استطاع ان يراها القاضي على ضوء وقائع الدعوى وادلتها ومرافعات الخصوم . وبذلك تكون الحقيقة القضائية هي ما يثبت امام القاضي بالطرق التي حددها قانون الاثبات وهو الحكم . ولما كان القاضي مقيداً بالقواعد والاجراءات المنصوص عليها في قانون الاثبات ، فأن الحقيقة القضائية قد تصبح احياناً متفقة مع الحقيقة الواقعية واحياناً اخرى غير متفقة معها .

يقول المرحوم السنهوري في كتابه الوسيط[٢٤] (ان الحقيقة القضائية هي مجرد احتمال راجح وليست حقيقة قاطعة ، ولابد من الناحية العملية الاكتفاء بالحجج الظنية ما دامت راجحة ، لان اشتراط الحجج القطعية يجعل باب الاثبات مقفلاً امام القاضي) .

اما في الشريعة الاسلامية[٢٥] فيقول الشيخ المرحوم احمد ابراهيم في كتابه طرق القضاء في الشريعة الاسلامية (لاجل ان يكون القضاء صحيحاً منطبقاً على الحق والعدل يشترط ان يحصل القاضي حين فصل القضاء علمان (الأول علمه بالحادثة التي يراد منه الفصل فيها علماً منطبقاً على الواقع) (الثاني علمه بحكم الله تعالى في تلك الحادثة اما العلم الثاني فيحصل له من معرفته بالشريعة المطهرة من

---

(٢٤) السنهوري الوسيط ج ٢ ص ٣٠ وراجع سليمان مرقس طرق الاثبات ج ١ ص ٤ .

(٢٥) احمد ابراهيم - طرق القضاء في الشريعة الاسلامية ٤ و ٥ .

نصوصها القطعية أو بالاجتهاد على ما بين في محله ، واما العلم الثاني فيحصل له بأحد امرين (اولهما) ان يشاهد الحادثة بنفسه ويحيط بها علماً احاطة تامة . (ثانيهما) ان يصل اليه خبرها بطريق التواتر المفيد للعلم ، وبغير هذين الطريقين لا يستنفيد علماً وانما يستفيد ظناً أو ما دون الظن ، فأذا قضي بناء على ذلك كان قضاؤه في حيز التردد بين الخطأ والصواب ولكن لو اقتصرنا على هذين الطريقين فقط من الادلة لتعطلت اكثر مصالح الناس . لان علم القاضي اذا تناول حادثة أو اثنتين فأن ألافـاً من الحوادث لا يتناولها علمه . ولان علم امراً بطريق التواتر المفيد لليقين ان اموراً لا تحصي ينقطع بها السير عن ان تصل إلى علمه من هذا الطريق ، لذلك قضت الحاجة الشديدة جداً التي دعـا اليها وجوب المحافظة على نفـوس الناس واموالهم واعراضهم ان تقبل الحجة الظنية ليتجه عليها القضاء وذلك لاننا نجد انفسنا بين امرين : احداهما : اهمال النظر في الحوادث التي لم يقم على ثبوتها عند القاضي دليل قطعي ، ويترتب على هـذا اختلال نـظام العالم واضـطراب المعاملات والفساد في الأرض بأوسع معانيها واجلى مظاهره . وثانيهما : النزول عن اشتراط العلم القطعي إلى الظن الراجح وقد يؤدي هذا ـ بعد بذل ما في الوسع ـ إلى خطأ في انطباق الاحكام على الواقع ، لكن صوابه اكثر من التحري . وطلب ما يقوي هذا الظن من وسائل الاحتياط ، وبالمقارنة بين هذين الامرين نرى انه من المتعين علينا اختيار الامر الثاني ارتكاناً لاخف الضررين ، وعلى ذلك يلحق ما يفيد الظن الراجح بما يفيد العلم ، وبذلك تتسع دائرة الاثبات . وقد لاحظت الشريعة الحكمية ذلك فقررت ان يبني القضاء على الحجة الظنية بعد اخذ الحيطة لذلك بأقصى ما يستطاع لئلا تتعطل مصالح الناس كما يبنى على الحجـة القطعية ان وجدت) .

وفي هذا المعنى ايضاً يقول الفقيه الفرنسي نورمان[٢٦] في كتابه (القاضي

---

(٢٦) نورمان ـ القاضي والنزاع ص ٢٣٩ طبعة باريس ١٩٦٥ .

والنزاع) (ان الوصول إلى اليقين في الدعوى هو الاصلح ، ولكن يتعذر ذلك ، اذ ان رجحان الدليل هو الذي يتحقق امام القضاء ، لان طبيعة الوقائع القانونية وطبيعة الادلة القانونية التي يلجأ اليها المدعي لاثبات حقه ، بل وطبيعة البشر تفرض ان تكون الحقيقة القانونية حقيقة نسبية ، كما تفرض ان يكون الاثبات القانوني اثباتاً ترجيحياً لا اثباتاً يقيناً ، فليس ثمة دليل يمكن اللجوء اليه لاثبات الحق اثباتاً يقيناً) .

ولهذا قد يحدث اختلاف بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية ، لان ثبوت الحق ، يكون اثباتاً ترجيحياً وليس اثباتاً يقينياً ، واذا كان الوصول إلى حد اليقين متعذر احياناً في النزاع ، فأن على القاضي ان لا يقف عند مجرد الاحتمال الراجح وانما عليه ان يبذل جهده للوصول إلى مستوى اليقين ان استطاع إلى ذلك سبيلاً ، وان يبذل جهده بقدر الامكان لجعل الحقيقة القضائية مطابقة للحقيقة الواقعية .

وقد يحدث كثيراً ان الحق قد يكون موجوداً في الحقيقة والواقع ولكن لا يوجد دليل قضائي مقبول على اثباته ، فيخسر المدعي دعواه . وبهذه الحالة تكون الحقيقة القضائية غير متفقة مع الحقيقة الواقعية ، وان كان المسؤول عن ذلك هو صاحب الحق .

ان من اسباب اختلاف الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية هي ان ادلة الاثبات هي الدليل الكتابي والشهادة واليمين والقرائن والخبرة .

فالدليل الكتابي قد يكون مزوراً ولم تتأكد المحكمة من التزوير ؟ أو ان الشهود قد تكون شهاداتهم مزورة ، واليمين قد تكون كاذبة ، والخبرة تتوقف على امانة الخبراء وقابليتهم العلمية ، كما ان بعض الوقائع القانونية ما هو نفسي أو مرن فيترك تقديره للقاضي ، بحيث يتعذر اثباته يقيناً كحسن النية أو التواطؤ أو الغلط الجسيم .... الخ ، كما ان الموقف السلبي للقاضي من الدعوى ؟ ووقوفه فيها موقف الحكم في المباريات الرياضية لا وظيفة له سوى ملاحظة قواعد اللعب

واحتساب النقاط ، كل ذلك يجعل الحقيقة القضائية غير متفقة مع الحقيقة الواقعية .

ومع ذلك فأن المصلحة العامة تقضي ان الحكم المكتسب درجة البتات يجب ان يكون حجة بما فصل به من الحق ، وقد نصت المادة ١٠٥ من قانون الاثبات (الاحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق اذا اتحد اطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً) ونصت المادة ١٠٦ منه (لا يجوز قبول دليل ينقض حجية الاحكام الباتة) ولهذا فلا يجوز رفع دعوى جديدة عن النزاع الذي صدر به حكم مكتسب درجة البتات ضماناً لاستقرار الحقوق والمراكز القانونية التي اكدها الحكم البات لتفادي صدور احكام متناقضة في نفس النزاع ، ولاجل وضع حد للنزاع حتى لا يتكرر إلى ما لا نهاية لكي تسير الحياة في هدوء واستقرار ولا مناص من اعتبار الحقيقة التي قررها الحكم البات هي الحقيقة الواقعية بالرغم من ان القاضي غير معصوم من الخطأ كسائر الناس .

ان قانون الاثبات العراقي في المواد ١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥ منه قد جعل للقاضي دوراً ايجابياً في تسيير الدعوى حتى في مجال الوقائع يدفعه ألى ذلك تلمس الحقيقة الواقعية بكل السبل حتى تتفق مع الحقيقة القضائية للوصول إلى الحكم العادل طبقاً لاحكام القانون .

وعلى القاضي ان يؤدي دوره على الوجه الأكمل وهذا يقتضي منه التدخل الايجابي في الدعوى اذ لا ينبغي ان تسير الدعوى حسب مشيئة الخصوم . ان على القاضي ان يتدخل في وقائع الدعوى لازالة عقبة تعوق سير الحياة القانونية فيجب ان يكون دوره ايجابياً بالتحري والتحقيق في وقائع الدعوى ، وبذلك يكون دور القاضي المدني اشبه ما يكون بدور قاضي التحقيق بالدعوى الجزائية ، وان يكون القاضي كالمنقب عن الاثار أو كالباحث عن النقط ، وان لا يكون القاضي آلة صماء

في يد القانون ، لان القانون انما وضع في يد القاضي لتفسيره وتطبيقه لتحقيق مزيد من حرية الحركة لكي لا يترك القاضي كشف الحقيقة رهيناً بمبارزة الخصوم .

ان الغاية الاجتماعية من منح القاضي سلطة تحري وقائع الدعوى لاستكمال قناعته هو لكي تصبح الحقيقة القضائية متفقة مع الحقيقة الواقعية لكي تستقر الحقوق لاصحابها ويسد باب الحيلة امام المبطلين . وفي ذلك يقول (ابن القيم) في (كتابه الطرق الحكمية)[٢٧] (والحاكم اذا لم يكن فقيه النفس في الامارات ودلائل الحال ومعرفة شواهده وفي القرائن الحالية والمقالية ، فقهه في جزئيات وكليات الاحكام أضاع حقوقاً كثيرة على اصحابها ، وحكم بما يعلم الناس بطلانه ولا يشكون فيه اعتماداً على نوع ظاهر لم يلتفت إلى باطنه وقرائن احواله ، فهناك نوعان من الفقه لابد للحاكم منهما ، فقه في احكام الحوادث الكلية ، وفقه في نفس الواقع ، واحوال الناس ، يميز بين الصادق والكاذب والمحق والمبطل ، ثم يطابق بين هذا وهذا فيعطي الواقع حكمه من الواجب ، ولا يجعل الواجب مخالفاً للواقع) وعلى القاضي ان يهيمن على الدعوى هيمنة كاملة سواء ما يتعلق في توجيهها أو ادلة الاثبات فيها أو وقائعها لكي تكون الحقيقة القضائية متفقة مع الحقيقة الواقعية . يقول الفقيه الانجليزي داياس Dias[٢٨] في كتابه (علم اصول القانون) Jurisprudence (ان طبيعة الدعوى تتطلب اختباراً وتقديراً تحدوهما قيم معينة ، فليس القضاة - كما كانوا في الماضي - صورة العدل المعصوب العينين بل يجب ان تكون عيون القضاة مفتوحة واناملهم موضوعة على كل عرق يدلهم على حالة النبض الاجتماعي . ان عظمة ومسؤولية النهوض بمهمة القضاة يتطلب ان يوضع في القضاة ثقة كبيرة وان القضاة هم سدنة هذه الثقة ، فكما يكون القضاة يكون القضاء .

---

(٢٧) إبن القيم - الطرق الحكمية ص ٤ .

(٢٨) داياس مشار اليه في المدخل للعلوم القانونية ج ١ لعبد الحي حجازي ص ٤٨٧ .

٥٧ ـ الخـــاتـمـــة :

ان العمل القضائي يقوم على العلم والتجربة والمران وعلى القاضي ان يروض بصره وبصيرته لكشف الستار ليظهر الحق من وراء الحجب ، والعدالة القضائية شبيهة بالاسعافات الطبية إذا لم تقدم في حينها كانت عديمة الجدوى ، وان العدل يجب ان يكون عملياً ومنتجاً ولا يتحقق ذلك الا بمكافحة التأجيلات المستمرة للدعوى لكي لا يتأخر المواطن من الحصول على حقه ، وعلى القاضي ان يضع خطة للفصل في الدعوى دون تأجيل الا لسبب مشروع ووفقاً لما نص عليه قانون المرافعات المدنية وقانون اصول المحاكمات الجزائية .

ان كثرة التأجيلات في الدعوى اصبح عيباً كبيراً في النظم القضائية المعاصرة في العالم . فالكل يشكون منه ، القاضي والمحامي والمواطن . ولعل من اسباب التأجيل الاسراف في انتخاب الخبراء دون حاجة اليهم فعلى القاضي ان يسيطر على الدعوى ويكون دوره في تسييرها فعالاً وايجابياً ، وعليه ان يرفض التأجيلات التي ليس لها ما يبررها .

وعلى القاضي (اولاً) ان يقوم بتحديد نقاط النزاع المتفق عليها بين الخصوم والمختلف عليها فيما بينهم ثم يكلف المدعي بأثبات تلك الوقائع المختلف عليها ويكون موقف القاضي من وقائع الدعوى وضعياً بحيث لا تثبت عنده الا الوقائع التي تثبت بدليل قانوني ، ثم ينتقل إلى المرحلة الثانية وهي التكيف القانوني لتلك الوقائع الثابتة وهو عصب الحكم القضائي ويتوقف على تكوين القاضي ومستواه العلمي وبعد ذلك تأتي مرحلة ثالثة وهي تطبيق القاعدة القانونية على تلك الوقائع فيختار النصوص القانونية سواء أكانت من القانون المدني أو القانون التجاري أو قانون العقوبات أو أي قانون آخر ، وذلك بعد ان يقوم بتفسير النص القانوني ثم يصدر حكمه في الدعوى على ان يلاحظ القاضي الآثار الانسانية والاجتماعية للحكم الذي سيصدره اذ ان القاضي ليس مجرد آلة لانتاج الاحكام والا لا أمكن

الاستغناء عنه بالعقل الالكتروني Computer لان القاضي ذو طابع انساني وشخصية مفكرة واعية فيه العلم والتجربة .

وعندما ينطق القاضي بحكمه ، عليه ان يوضح للخصوم اسباب حكمه ، والمحكمة المختصة بنظر الطعن ومدته حسب التفصيل المدون بهذه المحاضرات ، وبهذا تنتهي محاضراتنا في موضوع (فن القضاء) واتمنى لكم النجاح والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

ضياء شيت خطاب
رئيس محكمة التمييز سابقاً



الفهرس

الفصل الأول
مبادىء التنظيم القضائي في الفقه الاسلامي

الفصل الثاني
القاضي صفاته وواجباته

الفصل الثالث
المنطق القضائي في الوقائع والقانون والدعوى

الفصل الرابع
دور القاضي والمحامي في الدعوى

الفصل الخامس
اصدار الاحكام

الفصل السادس
الحقيقة القضائية والواقعية

INSTITUTE OF THE ARAB RESEARCH & STUDIES

BAGHDAD

1984

The Art of Judgement

By

Dhia Sheet Khattab
M.C.L (G.W. Uni.)

(Already) Chief of Cassation Court
Member of the Iraq Accademy

Member of the permananent Arlitrage
Court in Lahaye

